FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

NATURE JURIDIQUE & EFFETS

DE

L'AUTORISATION MARITALE

SOUS

LES RÉGIMES DE COMMUNAUTÉ

THÈSE DE DOCTORAT

PAR

J. ISAMBERT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT (CONCOURS DE LICENCE, 1889-90-91)

LAURÉAT DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT (1891)

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1896

THÈSE

DE

DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. LE COURTOIS (✲. I), Doyen, Professeur de Code civil.

DUCROCQ (O ✲. I), Doyen honoraire, Professeur honoraire, Professeur à la Faculté de Droit de Paris, Correspondant de l'Institut.

THÉZARD (I), Doyen honoraire, Professeur de Code civil, Sénateur.

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I), Professeur de Code Civil, assesseur du Doyen.

NORMAND (I), Professeur de Droit Criminel.

PARENTEAU-DUBEUGNON (I), Professeur de Procédure Civile.

ARTHUYS (I) Professeur de Droit Commercial et chargé du Cours de Droit Maritime.

BONNET (I), Professeur de Droit Romain.

PETIT (I), Professeur de Droit Romain et chargé du Cours de Science et Législation financières.

BARRILLEAU (I), Professeur de Droit Administratif et chargé d'un Cours de Droit Administratif pour le Doctorat.

BRISSONNET (I), Professeur d'Économie politique.

SURVILLE (I), Professeur de Droit International public et privé et chargé d'un Cours de Droit Civil.

PRÉVOT-LEYGONIE (A), Professeur-adjoint et chargé :
— du Cours de Droit International public (2e année ;
— du Cours d'Histoire du Droit Public (Doctorat) ;
— du Cours de Principes du Droit Public et Droit Constitutionnel comparé.

MICHON, Agrégé, chargé du Cours d'Histoire générale du Droit Français et des éléments du Droit Constitutionnel (1re année) et du Cours d'Histoire du Droit (Doctorat).

CHÉNEAUX, Agrégé, chargé des cours d'Économie politique (Doctorat), d'Histoire des Doctrines économiques et de Législation et Économie rurales.

GIRAULT, Agrégé, chargé du cours d'Économie politique et du Cours de Législation et Économie coloniales.

ROCHE (I), Secrétaire.

COULON (I), Secrétaire honoraire.

COMMISSION

Président : M. LE COURTOIS.

Suffragants : MM. SURVILLE, *professeur.* — CHÉNEAUX, *agrégé.*

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

NATURE JURIDIQUE & EFFETS

DE

L'AUTORISATION MARITALE

SOUS

LES RÉGIMES DE COMMUNAUTÉ

THÈSE DE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le 10 mars 1896

PAR

J. ISAMBERT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT (CONCOURS DE LICENCE, 1889-90-91)

LAURÉAT DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT (1891)

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1896

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547316_0029

NATURE JURIDIQUE & EFFETS

DE

L'AUTORISATION MARITALE

SOUS LES RÉGIMES DE COMMUNAUTÉ

INTRODUCTION

ÉVOLUTION HISTORIQUE DE L'AUTORISATION MARITALE.

On considère, en général, l'autorisation maritale comme fondée dans notre droit sur une double idée d'incapacité et de dépendance de la femme. Son objet est sans doute de protéger celle-ci contre les entraînements du sexe, et d'assurer, par là-même, la conservation de ses biens à la famille. On la regarde à tort ou à raison comme inexpérimentée, peu habile à traiter les affaires d'une certaine importance.

Mais, cette idée de la *fragilitas sexus*, que nos anciens auteurs avaient empruntée aux lois romaines ne trouvait guère de crédit auprès d'eux : la conception essentielle qu'ils mettaient en relief, c'était la nécessité d'assurer l'unité de direction au ménage. « La nécessité de l'autorisation du mari, disait Pothier, n'est donc fon-

dée que sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme qui ne permet pas à la femme de faire rien indépendamment de lui » (Pothier, puiss. du mari, n° 3, in-f.) (1). Le mari représente les intérêts collectifs des époux : c'est à lui de subvenir aux charges du ménage. On conçoit donc qu'il soit appelé à contrôler les actes par lesquels la femme pourrait compromettre son patrimoine personnel.

Tel quel, ce système domine l'ensemble de nos régimes matrimoniaux : pour bien marquer son indépendance à leur égard, le législateur a fait au titre du mariage une théorie générale de l'autorisation maritale, présentant ainsi l'incapacité de la femme comme une conséquence du mariage et des droits et devoirs respectifs qu'il engendre entre époux (art. 215 et suiv[ts] C. civ.).

Cependant, les conventions matrimoniales sont loin d'être sans influence sur la capacité de la femme. Celle-ci, sous le régime de séparation de biens, jouit d'une indépendance très grande, elle a la libre administration de ses biens. Elle pourra donc les aliéner, ester en justice, s'obliger dans les limites de cette libre administration. Sous le régime dotal, au contraire, sa capacité se restreint dans des limites plus étroites. La clause

(1) Dans le même passage, Pothier nous dit : « Le besoin que la femme a de cette autorisation de son mari n'est pas fondé sur la faiblesse de sa raison : car une femme mariée n'a pas la raison plus faible que les filles ou veuves, qui n'ont pas besoin d'autorisation ».

de dotalité crée de toutes pièces, à sa charge, une véritable incapacité de disposer de certains biens qui constituent une réserve pour la famille.

Sous le régime de communauté, enfin, on a soutenu que la femme était frappée, quant aux biens communs, d'une incapacité absolue, si absolue qu'aucune autorisation du mari ou de justice ne pourrait l'en relever: incapacité d'exercer sur ces biens une action quelconque (1). Je ne crois pas cette idée exacte : la femme ne peut disposer d'une valeur commune qu'autant que le mari y consent, et comme ses propres figurent dans l'actif social au moins pour la jouissance, elle ne peut jamais en aliéner que la nue-propriété avec l'autorisation de justice. Mais ce ne sont pas là autant de règles de capacité : une question de propriété seule est en jeu (2).

En tout cas, au fond de chaque régime, on ne trouverait pas une conception particulière, distincte de l'autorisation maritale et de ses effets. Toute autre est la tendance accusée par les législations les plus modernes, celle que les rédacteurs du projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne ont mise en relief. Ils n'ont pas tenté une théorie abstraite et générale de la capacité de la femme mariée comme avait fait notre Code civil. De l'autorisation maritale ils ont fait, au contraire, une dépendance

(1) Laurent, *Droit civil,* t. XXI, § 248 ; Thaller, De la faillite des différents commerçants, *Rev. crit.*, 1882, p. 601 et 602.

(2) Colmet de Santerre, *Droit civil*, t. VI, n° 66 bis, XIII, in-f.

des conventions matrimoniales (1). Ainsi sous le régime de droit commun, la communauté d'administration *verwaltungsgemeinschaft*, le mari n'acquiert pas la jouissance des biens dont il n'a pas consenti l'acquisition, mais cette acquisition n'est pas nulle pour cela. Elle produit tous ses effets au regard de la femme.

Or il existe dans notre droit une règle analogue sous le régime de communauté. Le mari, sous ce régime, s'oblige par l'autorisation qu'il donne à sa femme (art. 1409, 2°). Cette règle traditionnelle, n'a-t-elle pas sa raison d'être dans la nature juridique propre de l'autorisation maritale, autant et plus que dans les relations d'ordre purement pécuniaire établies entre les époux par le contrat de mariage? On peut le soutenir, et on l'a soutenu. Historiquement, elle se rattache à la conception première de l'autorité maritale dans notre très ancien droit. Mais l'idée primitive s'est progressivement transformée ; le concours obligatoire du mari aux actes accomplis par la femme, est devenu, ce qu'il n'était pas à l'origine : une formalité habilitante, une autorisation. Dès lors la théorie de l'autorisation maritale a eu son domaine et ses règles propres ; la dévolution à la communauté des dettes de la femme qu'il avait consenties, n'a plus été qu'un effet du régime matrimonial, bien que, la tradition ancienne ait été particulièrement per-

(1) *Projet de C. civ. pour l'Emp. d'Allemagne,* art. 1300 et ss.

sistante et qu'on en puisse retrouver la trace jusque dans les œuvres de Pothier.

Si nous ouvrons Beaumanoir, nous y verrons que la femme ne peut s'obliger sans le consentement du mari. Ce n'est pas qu'elle soit incapable au sens où nous l'entendons aujourd'hui. Non, car, devenue veuve, elle pourra être poursuivie par le créancier : c'est que, si elle était obligée, son baron devrait répondre de la dette, et il n'en doit pas être tenu, puisqu'il ne l'a pas consentie. « Feme qui est en mariage, dit-il, ne peut plegier ne dete faire et s'ele fet ses barons n'i est de riens tenus... Sel feme plege el tans de son baron sans son autorité, et li barons meurt et ele est sivie de la plegerie ele en doist respondre, car si tost comme ses barons est mort elle revient en sa plaine volonté » (C^me^ de Beauvoisis, ch. 43, n^os^ 22 et 27).

Il est du reste aisé d'expliquer comment cette idée a pu prendre naissance. Dans notre très ancien droit français, la maxime : Qui s'oblige oblige le sien, n'avait pas été admise avec toute l'étendue qu'elle comporte dans notre droit moderne. Les obligations contractées par le débiteur, étaient seulement exécutoires sur la partie mobilière de son patrimoine. Du temps de Beaumanoir, il est vrai, le principe contraire avait déjà triomphé : mais de l'idée ancienne il restait ceci, que les créanciers devaient discuter les meubles de leur débiteur et se payer sur eux avant de s'attaquer à ses immeubles. Il en restait encore cette autre idée : que

celui qui acquérait les biens meubles d'une personne avait la charge exclusive de ses dettes ; c'était le cas d'un baillistre quelconque : « Pour que celui qui a la garde de par le père, dit le grand Coutumier, doit faire les *meubles et les dettes siens*, c'est assavoir quand celui qui est en bail se porte pour héritier du père, car s'il s'était seulement porté héritier de la mère, ceux à qui serait échu le bail n'auraient rien ès-meubles parce qu'ils viendraient de par la mère (1). »

Ainsi le mari acquérant comme mundoald, plus tard comme baillistre, la propriété de tous les meubles de la femme, se voyait chargé de toutes ses dettes, mais au moins devait-il les avoir consenties lorsqu'elles prenaient naissance pendant le mariage. Voilà manifestement l'origine de la règle de l'art. 1409, 2° ; elle s'expliquait par les pouvoirs du mari sur les biens soumis à sa puissance.

J'ajoute que droits sur la personne, droits sur les biens, cela n'était pas distinct comme de nos jours et se rattachait à la même idée de puissance, de suprématie maritale. Si le mari acquérait la propriété des meubles de la femme, c'était par l'effet du mariage, et par l'effet du mariage aussi, il était investi de la maîtrise sur sa personne.

Cette conception ancienne se maintint avec persis-

(1) *Grand Coutumier,* édit. Dareste et Laboulaye, ch. XLI, p. 375. En ce sens aussi le brocard de Loysel : « Qui épouse la femme épouse les dettes ».

sistance sous le régime de communauté. Cependant des idées nouvelles s'étaient fait jour. Le principe de liberté des conventions matrimoniales était apparu au XVI^e^ siècle : les droits si étendus du mari sur les meubles de sa femme n'étaient donc plus une conséquence nécessaire du mariage. L'influence romaine avait ici joué un grand rôle et contribué à faire, de la dépendance de l'épouse, la sanction d'une véritable incapacité. Elle datait du XIII^e^ siècle : la première trace, en cette matière, en est peut-être dans les assises de Jérusalem. Jean d'Ibelin, dans l'abrégé de la Cour des Bourgeois, nous apprend qu'on avait soutenu que la femme, sans le consentement de son baron, pouvait faire sa condition meilleure. « Et sachés que ce feme mariée fait la gagière, ci doit être par l'otroi de son baron. Et devés savoir que ce feme qui est mariée faisait ne gagière, ne don, ne vente, ne nulle teil choze sans l'otroi de son baron il ne vaut rien, et le baron le peut défaire. Et il est un des poiers que le baron a sur sa feme; ja soit ce que aucuns dient que elle peut faire son proufit et non mie son damage sans son baron (1). »

C'était donc l'application des règles romaines de la tutelle qu'on avait proposée. Et ce rapprochement était peut-être fondé au point de vue historique : il est prouvé aujourd'hui que dans le très ancien droit romain, le

(1) Abrégé de la Cr des Bourgeois, ch. LIII, in-f., édit. Beugnot, t. II, p. 280.

tuteur légitime était traité comme un véritable propriétaire des biens du pupille ; pour le curateur légitime du *furiosus*, cette règle s'était même maintenue jusqu'à l'époque de Gaïus (G. II. 64). La tutelle n'était donc qu'une forme de la puissance domestique avant d'être une mesure protectrice des incapables, organisée dans leur intérêt exclusif. Ainsi en était-il de la tutelle perpétuelle des femmes déjà tombée en désuétude à la fin de la République. Mais nos anciens auteurs ne connaissaient que les compilations de Justinien qui ne leur révélaient point ces transformations successives du droit.

Quoi qu'il en soit, l'idée de la *fragilitas sexus*, par laquelle les jurisconsultes de l'époque classique expliquaient le Velléien et les règles protectrices du régime dotal, devait conduire à une conception un peu différente de la puissance du mari. Ce ne devait plus être une institution organisée exclusivement dans l'intérêt du baillistre. Lebrun, se demandant si cette exigence d'une autorisation expresse du mari pour que la femme puisse plaider ou s'obliger, a sa raison d'être dans l'intérêt du mari ou dans la faiblesse de la femme, répond : « Il faut dire que cette coutume est également fondée sur les deux raisons parce que, d'un côté, la faiblesse du sexe fait craindre la dissipation, et de l'autre, la prérogative du sexe masculin rendant le mari maître absolu de la communauté où entrent les fruits de la dot, il est juste

que la femme n'en dispose pas sans son consentement (1). »

Cette conception devait conduire à admettre, à la différence de ce qu'on décidait au XIII[e] siècle, que le mari ne serait plus seul à pouvoir arguer de nullité l'acte accompli par la femme sans son consentement. Et, de fait, certains auteurs, dont Pothier, en étaient arrivés, au XVIII[e] siècle, dans un ordre d'idées singulièrement illogique, à attacher une nullité absolue au défaut d'autorisation (2).

On devait être conduit également à décider que là où il n'y avait plus communauté, l'autorisation maritale restait cependant applicable. Pourtant la femme n'était-elle pas soustraite à la puissance du mari? Cette puissance cessant de produire ses effets sur les biens allait donc subsister en tant qu'elle s'appliquait à la personne? L'art. 234 de la Coutume de Paris disposait « qu'une femme mariée ne peut s'obliger sans le consentement du mari si elle n'est séparée par effet ». Or, de Laurière nous apprend qu'avant la réformation on avait entendu ce texte en ce sens que la femme séparée pouvait s'obliger et ester en jugement, tant pour ses immeubles que pour ses meubles. Dumoulin, dans une note

(1) Lebrun, *Traité de la communauté*, l. II, ch. I, sect. I, § 1.

(2) Pothier, *Puissance du mari*, n° 78, in-f. Lebrun décide, au contraire, que la nullité n'est pas respective. Elle ne peut être invoquée par l'acquéreur; c'est un privilège qui n'est établi qu'en faveur du mari et de la femme. C[té], l. II, ch. I, sect. I, § 1, n° 3.

sur l'article 170 de la C^me^ de Bourbonnais, décidait en effet que « la femme séparée n'est plus sous la puissance de son mari ». Cette opinion ne devait pas prévaloir après la réformation. « Comme les séparations ne sont réputées faites que pour un temps, dit Laurière, il serait dangereux, pendant que les choses sont ainsi en suspens, qu'il fût permis à la femme d'aliéner ses immeubles au préjudice de la famille. » Mais ce qui avait été admis sans peine au cas de séparation judiciaire restait encore douteux au cas de séparation conventionnelle. « On se demande si la femme qui a stipulé, dans son contrat de mariage, qu'elle ne sera pas commune, et qui s'y est fait autoriser à l'effet de disposer librement de ses biens, ne pourra vendre et engager ses immeubles. — Non, répond-il. — Il en a été ainsi décidé par arrêt du 9 mars 1713, qui est juste et juridique, parce qu'une femme se pourrait ainsi ruiner et ses enfants ».

La théorie romaine avait ici prévalu, mais la persistance de la controverse jusqu'au XVIII^e^ siècle montre combien on était attaché à l'idée ancienne, jusqu'à quel point les pouvoirs du mari sur les biens, et la maîtrise sur la personne de la femme étaient inséparables.

Là donc où le mari avait conservé sur les biens les pouvoirs que lui conférait la coutume, la notion de l'autorité maritale devait être restée sensiblement la même, l'institution ne devait pas s'être transformée aussi profondément. Et de fait, depuis Beaumanoir, la

tradition est restée ininterrompue. Au lieu que, sous tout autre régime, le mari ne s'oblige pas, par son autorisation, lorsqu'il y a communauté de biens entre les époux, il est tenu des contrats passés par la femme de son consentement. Sans doute, il y a eu transformation dans la forme : le consentement du mari est devenu, en même temps, une autorisation, et la femme n'a pu être habilitée, au moins dans le dernier état de notre ancien droit, qu'en termes solennels (1). Jamais Beaumanoir, et nos anciens coutumiers n'avaient parlé d'autorisation maritale. On ne trouverait chez eux, ni la chose, ni le terme. Mais cette intervention du mari aux actes accomplis par la femme qu'ils prévoyaient déjà, elle était restée la même au fond, sous des dehors différents.

On pouvait même trouver dans le droit romain une conformation et une explication des règles coutumières. N'y avait-il pas, en effet, parallélisme entre la condition du fils de famille à Rome, et la situation de la femme commune ? Comme pour le fils de famille, ses acquisitions se réalisaient dans la personne du mari ; elle l'obligeait, en quelque sorte, *quod jussu*, lorsqu'elle avait contracté avec son autorisation. Un rapproche-

(1) Pothier, *Puissance du mari,* n° 68 : « L'autorisation est quelque chose de plus qu'un consentement ; c'est un acte par lequel il habilite la femme à faire le contrat. Il est donc absolument nécessaire qu'il déclare qu'il autorise sa femme. Ce terme est comme sacramentel et je ne vois que celui d'habiliter qui puisse paraître équivalent. »

ment était possible entre les deux institutions, nos anciens auteurs n'y avaient pas manqué. « Il n'y a rien qui approche plus de l'autorisation de la femme que celle du fils de famille », disait Lebrun (C^té^ L. 2, ch..1, sect. 4, n° 2). La même idée, Loysel l'exprimait déjà dans ses Institutes coutumières : « Enfants de famille et femmes mariées sont tenus pour autorisés de leurs maris ou pères pour ce qui est du commerce dont ils s'entremettent à part et à leur su » (L. 1, t. I. n° XXIX). Laurière, commentant cette maxime, disait qu'il n'était rien qui ressemblât plus à la condition du fils de famille que celle de la femme mariée.

Il est vrai qu'il s'agissait là d'une hypothèse un peu exceptionnelle au point de vue des principes, mais très fréquente en pratique et qui avait appelé, à ce titre, l'attention de tous nos auteurs depuis Beaumanoir jusqu'à Lebrun, Renusson ou Pothier. En apparence, la femme était soustraite à la puissance maritale : elle agissait sans le consentement du mari : la dévolution à la communauté des obligations qu'elle contractait dans son commerce pouvait donc sembler exorbitante. Il est de fait que Beaumanoir rapprochait cette hypothèse de celle où « il est aperte chose que le baron ne se mêle de rien si que la femme fait et mainburnist les cozes qui a eus appartiennent » (C^me^ de Beauvoisis, ch. 43, n° 28). C'était essentiellement une considération d'utilité pratique qui avait fait admettre cette solution. Au point de vue des principes, dans la rigueur stricte du droit, elle

devait rester inexplicable. Les études romaines permirent d'en donner une raison : la femme est tenue pour autorisée comme le fils de famille l'était à Rome lorsque le père le préposait à un commerce. Ici le mari joue le rôle de préposant ; il y a autorisation générale.

Par là-même, la règle commerciale et la règle civile qui, jusque-là, avaient été distinctes, n'en formaient plus qu'une. Le terme de cette évolution est, dans notre droit, l'art. 1426 du Code Civil, qui semble bien n'être dans ses termes qu'une application de principe très général posé par l'art. 1409, 2°, en matière civile.

On a cependant soutenu que le bail du mari ne suffisait pas à lui seul à expliquer la dévolution à la communauté des obligations de la femme (1) ; il se serait produit ici un fait très fréquent : les usages commerciaux auraient ouvert la voie à la coutume civile. Je crois cette assertion inexacte au point de vue historique. La mainbournie du mari comportant essentiellement et l'acquisition du patrimoine mobilier de la femme et la charge de ses dettes, rendait fort bien compte qu'il s'obligeât envers le créancier par son autorisation. Les deux règles ont donc coexisté séparément jusqu'au XVI[e] siècle. Notre Code les a rapprochées.

(1) Thaller, l. c., p. 743 : « Tant qu'on s'en tient à l'idée de bail, de protection ou d'obéissance, la responsabilité de la communauté ou du mari sur ses propres, à raison des actes de la femme qu'il a autorisés, n'apparaît pas ».

Mais ceci ne va pas sans controverses ; l'objet de cette étude sera précisément de rechercher ce qu'est devenu, dans notre droit moderne, la règle si originale du régime de communauté. Si elle n'a pas sa raison d'être dans les droits très étendus du mari sur l'actif social, quel en est au moins le sens juridique, quels en sont les effets, quelles exceptions comporte-t-elle ? A cet égard nous opposerons à l'autorisation spéciale s'appliquant à des actes juridiques déterminés, et le plus ordinairement d'ordre civil, l'autorisation générale de faire le commerce. C'est surtout au regard des tiers que cette étude présentera de l'intérêt ; nous aurons à rechercher, toutefois, si, même dans les rapports des époux entre eux, elle n'a pas quelque importance. C'est là, peut-être, un champ d'études en apparence un peu restreint, souvent plus théorique que pratique.

En réalité la question est plus vaste qu'on ne l'imagine : par son fond même, le sujet touche aux principes si souvent discutés du régime de communauté. Certaines théories d'un grand intérêt, comme celle des délits et quasi-délits de la femme, en sont une dépendance.

Enfin, sortant de la discussion un peu abstraite des principes, nous rencontrerons, sur certains points, une très riche collection de jurisprudence, notamment en ce qui concerne les effets d'un concordat obtenu par l'un ou l'autre des conjoints.

PREMIÈRE PARTIE

—

AUTORISATION SPÉCIALE

—

1. Le principe est, en matière civile, posé par l'art. 1409, 2°. « Les dettes contractées par la femme du consentement du mari, nous dit-il, sont à la charge de la communauté. » Bien que ce texte ne parle que du consentement du mari, il n'est pas douteux qu'il désigne par là l'autorisation maritale dispensée par notre droit de toute solennité dans sa manifestation. Mais les termes qu'il emploie semblent indiquer que, si l'autorisation du mari a, sous notre régime, cet effet de l'obliger et d'obliger les biens communs, ce n'est pas en tant que formalité habilitante, mais parce qu'elle implique une certaine adhésion de sa part au contrat. Il se peut que cette adhésion existe indépendamment de toute autorisation : la communauté n'en sera pas moins tenue. Ainsi dans l'hypothèse où la femme commet un délit se rattachant à une opération que le mari l'a autorisée à accomplir. A cet égard, la règle de l'art. 1409, 2°, nous apparaît comme très générale et indépendante de l'au-

torité maritale en elle-même comme nous avons essayé de le démontrer historiquement. Nous aurons à en déterminer successivement les effets et la portée. Avant tout il faut en préciser la nature juridique. Nous raisonnerons pour cela en nous plaçant sous le régime de communauté légale auquel elle se rattache par sa place dans notre loi, tout en faisant observer qu'elle est indépendante de l'étendue de la société conjugale et reste, en principe, applicable au cas de communauté conventionnelle.

CHAPITRE PREMIER

NATURE JURIDIQUE.

§ I. — Exposé de la controverse.

2. Les dettes contractées par la femme avec l'autorisation du mari tombent, avons-nous dit, en communauté. Elles peuvent être poursuivies contre le mari, au moins tant que dure la société conjugale (art. 1419). C'est une autre face de la même règle dont nous nous proposons de déterminer le sens exact. Je pose en principe, sauf à y revenir plus tard, qu'elle ne s'explique point par une simple renonciation du mari à se prévaloir de ses droits sur ses propres ou sur les biens communs.

On reconnaît, en général, qu'elle implique de son chef une certaine accession à l'obligation contractée par la femme ; mais on est loin de s'entendre sur le caractère précis, sur la nature juridique exacte de cette accession. Selon certains auteurs, le mari s'obligerait directement, et, accessoirement, par son autorisation, il jouerait le rôle d'une caution solidaire. La dette ne tomberait que par contre-coup au passif social, la femme ne pouvant

obliger la communauté que médiatement par l'intermédiaire du mari. Celui-ci peut, du reste, en fait, profiter de l'opération puisqu'il a le maniement des valeurs mobilières des époux et l'administration des propres de la femme. Cela suffit à justifier son obligation, sans qu'on présume cependant d'une façon absolue qu'il ait eu le profit exclusif de l'acte autorisé.

D'autres auteurs vont plus loin encore. La loi présume dans tous les cas que l'affaire a été faite dans l'intérêt commun ; c'est là du reste une présomption *juris et de jure*, irréfragable et s'imposant aux époux dans leurs rapports avec les tiers. La femme traitant avec le créancier agit en qualité de mandataire du mari ; elle le représente. L'obligation est donc contractée au nom de ce dernier, il est débiteur direct et principal. La femme n'est tenue, au contraire, que comme caution solidaire ayant de plein droit recours intégral contre lui pour le montant de ce qu'elle aurait pu être contrainte à payer de ce chef.

3. Cette théorie a surtout été développée à l'occasion de l'autorisation générale de faire le commerce (article 1426). C'est là sa véritable place ; nous en réservons pour le moment la discussion approfondie. Je ferai seulement observer qu'elle s'accorde mal avec la spécialité de l'autorisation en matière civile.

Cette autorisation résultera, sinon obligatoirement (art. 217), au moins le plus généralement en pratique, du concours du mari à l'acte. Comment concevoir alors

qu'il se fasse représenter par un mandataire dans une affaire à laquelle il prend une part active? J'ajoute que l'on comprend mal l'obligation accessoire de la femme à titre de caution solidaire si l'on explique son intervention par l'idée de mandat. On ne fait au fond que reculer la difficulté en la rendant plus complexe. On a rendu compte de l'obligation du mari, il reste à expliquer comment la fiction de représentation du mandant par le mandataire ne produit pas tous ses effets à l'égard de la femme.

Je préfère donc un système un peu moins rationnel peut-être en apparence, et qui sera le point de départ de cette étude. Le mari n'est obligé qu'indirectement parce que la communauté est tenue. La dette ne tombe d'ailleurs au passif commun que parce qu'il y a consenti comme associé, mais elle y tombe comme dette personnelle de la femme. Le mari n'est donc ni un débiteur principal, ni un débiteur distinct et accessoire. Ce n'est pas une caution, mais un tiers étranger au contrat qui s'approprie après coup une dette ayant pris naissance du chef d'une autre personne.

4. La question offre des intérêts pratiques importants ; il s'agit de savoir si les biens communs pourront être saisis du chef de la femme ; — si, après la dissolution de la communauté, les créanciers conserveront contre le mari un droit de poursuite intégral. Que l'autorisation vaille mandat ou qu'elle ne soit au fond qu'un cautionnement solidaire, la réponse est la même : la disso-

lution de la société conjugale et son acceptation par la femme ne modifieront en rien la situation du mari qui continuera à répondre solidairement de la dette. Nous estimons au contraire que les créanciers ne pourront plus l'actionner que dans la mesure où il recueille l'universalité des biens communs.

On peut se demander enfin s'il bénéficiera d'une remise de dette consentie à la femme, au cas où le créancier en aurait entendu limiter les effets à la personne de sa débitrice. Nous l'admettons, puisqu'il n'est obligé qu'indirectement et que c'est la dette de la femme qui peut être poursuivie contre lui. Que si, au contraire, la remise de dette a été consentie au mari, elle pourra fort bien être inefficace à l'encontre de la femme; la communauté n'en sera pas moins libérée.

§ II. — La femme oblige directement la communauté.

5. Ayant ainsi présenté dans sa généralité le débat qui s'élève sur les art. 1409, 2°, et 1419 C. civ., il nous faut justifier la formule dans laquelle nous avons résumé notre théorie. Le mari est un tiers étranger au contrat qui s'approprie après coup une dette ayant pris naissance du chef d'une autre personne. Ceci suppose que la femme a pu directement obliger la communauté et met en jeu la question toujours renouvelée de ses droits dans la société conjugale.

Comment concevoir la situation qu'elle crée entre les époux ? MM. Aubry et Rau définissent très exactement la communauté légale : une société universelle de biens entre époux (1).

Il n'est personne aujourd'hui qui songe à contester cette définition. Aussi bien nos anciens auteurs ne se faisaient-ils pas une autre idée de la communauté : une société de biens entre époux. Cette société n'a pas une personnalité distincte de celle des conjoints (2).

Quelquefois affirmée par la jurisprudence, cette opinion est universellement repoussée par les auteurs (3). Elle est contraire aux principes généraux : la communauté est une société civile, et les sociétés civiles ne jouissent qu'exceptionnellement de la personnalité, lorsqu'elles revêtent une forme commerciale. Elle ne trouve pas d'appui dans les textes ; la maxime toute dette du mari est dette de communauté, dont ils font de fréquentes applications, est, quel qu'en soit le fondement, incompatible avec l'idée d'une personnalité distincte de la communauté.

6. A cette conception on peut en opposer une toute différente qu'on a dit être celle de nos anciens auteurs.

(1) Aubry et Rau, *Droit civil français,* t. V, § 505, p. 277, texte ; Pothier, *Traité des sociétés,* n° 28.

(2) *Contrà,* Lyon, 23 juillet 1858. D, 59, II, 615.

(3) Aubry et Rau, t. V, § 505, texte et note 2, p. 277 ; Colmet de Santerre, *Cours analyt.*, VI, nos 18bis, II, et 18bis, X ; Laurent, *Principes de D. civ.*, XXI, nos 210 et 250 ; Guillouard, *Contr. de mariage,* I, § 345, p. 330.

Elle se ramène en définitive à ceci, c'est qu'il n'y a vraiment communauté que lorsque celle-ci prend fin. Tant que dure le mariage, le mari est seigneur et maître des biens qui la composent, comme dit la Coutume de Paris; il en est propriétaire exclusif. Le droit de la femme se réduit à une simple expectative : *Non est propriè socia sed speratur fore,* disait Dumoulin (1).

C'était un souvenir du temps où le droit de la femme n'était qu'un droit de succession, où le mari, comme mundoald, à une époque plus récente comme baillistre, acquérait la propriété de tous les biens meubles de la femme soumise à sa puissance. Reproduisant une formule également empruntée à Dumoulin, Renusson, Lebrun, Pothier disaient encore que le droit de la femme était plutôt un droit habituel qu'un droit actuel, qu'il consistait *potius in habitu quam in actu.* En réalité, par cette formule un peu obscure ils exprimaient seulement ceci : que la femme avait un rôle purement passif n'ayant aucune part dans la gestion de la communauté exclusivement réservée au mari. Jamais, en effet, nos anciens auteurs n'avaient attribué à la formule : « Le mari est seigneur et maître », un sens absolu. Si Dumoulin disait de la femme : *non est socia æque et principaliter,* c'était seulement pour expliquer

(1) Dumoulin, *In vet. cons.*, § 109, n° 3, t. I, p. 880, édit de 1681 ; Pothier, C^té^, n° 3.

que pendant le mariage elle fut soustraite à la poursuite des créanciers de la communauté. Les pouvoirs très étendus reconnus au mari comme seigneur et maître par l'art. 225 C^me^ de Paris n'étaient d'ailleurs pas sans limites ; il pouvait sans doute vendre, hypothéquer ou aliéner les meubles et conquêts immeubles, mais à la condition que ce fût sans fraude, et de Laurière, commentant cet article 225, disait : « Si le mari est seigneur et maître des conquêts, il n'en est pas propriétaire, si ce n'est de la moitié seulement, et s'il peut vendre, aliéner, hypothéquer, ce n'est que parce qu'il en a la libre administration en qualité de chef de la communauté ».

7. Telle est bien encore la théorie admise par notre Code civil. « La femme qui renonce, dit l'art. 1492, perd toute espèce de droits sur les biens de la communauté, et même sur le mobilier qui y est entré de son chef ». Le droit de la femme nous apparaît donc comme un droit actuel, simplement résoluble sous condition. Mais ce droit même n'est-il pas quelque peu platonique, ne consiste-t-il pas encore *potius in habitu quam in actu ?* pour parler le langage de Dumoulin et de Pothier. Au mari la loi confie obligatoirement la gestion de la société conjugale, le rôle de l'épouse est donc purement passif. Ne peut-elle exercer une action directe sur ce patrimoine commun dont elle est copropriétaire ? Je crois qu'il faut l'admettre sous peine de déclarer les immeubles communs dans une certaine mesure inalié-

nables. Il est en effet certains actes que la loi ne permet pas au mari en sa qualité de chef de la communauté (art. 1388 C. civ.). Il ne peut disposer à titre gratuit des immeubles de commuuauté si ce n'est pour l'établissement des enfants communs (art. 1422). Le concours de la femme à l'acte, dans une doctrine qui ne la considérerait pas comme copropriétaire actuelle, ne saurait bien évidemment ajouter rien à la valeur intrinsèque de la donation. Que si on l'interprète comme une renonciation éventuelle à se prévaloir de la nullité pour le cas où elle accepterait la communauté, cette renonciation ne ferait pas obstacle à ce que le mari puisse, en sa qualité de chef et comme ayant excédé ses pouvoirs, revendiquer l'immeuble donné (1).

8. Quoiqu'il en soit de ce point assez vivement débattu, je crois, la doctrine du Code peut être un peu différente à cet égard de celle de nos anciens auteurs. Que la maxime : « Le mari est seigneur et maître de la communauté », ait été pour eux l'expression d'une vérité absolue dans les rapports des époux et des tiers, cela peut être soutenu. Mais il n'est plus exact aujourd'hui de poser en principe, comme telle décision de jurisprudence (2), que le droit de la femme est un droit latent

(1) Toullier, XII, 75 à 81.

(2) Chambéry, 6 mai 1885. D. 86. II. 33. De cette formule que la femme n'a qu'un droit latent sans portée présente, l'arrêt conclut qu'elle ne peut, tant que dure la communauté, critiquer l'aliénation d'un de ses propres consentie par le mari. Cette solution est vivement critiquée par M. Flürer dans une note qui accompagne l'arrêt.

sans portée présente. Même dans ses rapports avec les tiers, il faut la considérer en principe comme une associée actuelle, capable de faire donation pour moitié d'un immeuble commun (1), ce que n'admettaient pas nos anciens auteurs, et que semble consacrer la jurisprudence la plus récente, capable aussi d'obliger la société conjugale.

9. Toutefois, sa condition est, à plusieurs égards, exceptionnelle, et bien qu'il y ait là une situation en apparence indivisible, les tiers ne peuvent arguer contre elle de sa qualité de commune. C'est ainsi que les créanciers de la communauté ne peuvent comme tels saisir la nue-propriété des propres de la femme tant que dure la communauté.

La réciproque ne serait pas fondée, et MM. Aubry et Rau, qui rejettent ailleurs cette solution, semblent implicitement admettre que la femme oblige directe-

(1) Des décisions judiciaires récentes semblent bien conformes à cette idée. On peut invoquer en ce sens un arrêt de la Cour de Caen, 26 janv. 1888. S. 89. 2. 171, qui décide que la donation d'un acquêt de communauté faite par le mari conjointement avec la femme est valable. Plus précis est un arrêt de la Cour de Poitiers du 16 février 1885. S. 87. 2. 67, décidant que la femme codonatrice pour moitié d'un acquêt de communauté a pu valablement subordonner sa libéralité à des charges dont l'inexécution l'autorise à poursuivre la révocation de la donation. — En ce sens, Guillouard, II, § 702, p. 206. Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 14, p. 328-329; Colmet de Santerre, VI, n° 66 bis, XIII. *Contrà*, Marcadé, art. 1422, V. Laurent, XXII, n° 21. — Sur ce point une transformation s'est opérée. Nos anciens auteurs n'admettaient pas que la femme pût faire donation d'un immeuble commun.

ment la société conjugale, quand elle contracte avec l'autorisation du mari. « Au fond on ne comprendrait pas, disent-ils, si la femme n'était pas pendant le mariage copropriétaire actuelle des biens communs, que les engagements contractés avec la simple autorisation du mari pussent lier la communauté, même au cas où elle y renoncerait » (Aubry et Rau, t. V, § 505, n^te^ 4, inf. p. 279). Le raisonnement des savants auteurs me paraît se ramener à ceci : on ne concevrait pas une dette grevant une société qui n'a pas de personnalité distincte de celle des associés, sans être essentiellement, et dans le principe, dette d'un associé. Si donc la dette de la femme autorisée tombe en communauté, c'est qu'elle est associée. Ceci n'implique-t-il pas que la dette tombe au passif social comme dette de la femme et non comme dette du mari ?

10. Aussi bien cette solution nous semble-t-elle la plus logique. Sur quel principe, sur quel texte se fonder pour refuser à la femme le droit d'obliger la communauté dans la mesure de son droit d'associée. De ce que le mari l'administre et l'oblige seul il ne s'en suit pas qu'il soit seul à avoir ce droit. La femme l'a également ; mais elle ne peut agir sans le concours du mari : d'abord, parce qu'elle n'a dans la communauté qu'un droit résoluble sous la condition de sa renonciation ; ensuite, et surtout, parce que l'accord de tous les associés peut seul réaliser ce que le seul gérant pouvait faire à raison des pouvoirs dont la convention des par-

ties, la loi, si l'on veut dans l'espèce, l'avait investi. Il n'est donc pas exact de parler d'une prétendue incapacité spéciale de la femme commune, relativement au patrimoine dont elle est copropriétaire et sur lequel la loi lui refuserait toute action (1).

Une telle incapacité, aussi absolue que celle de la femme dotale, dont aucune autorisation du mari ou de justice ne saurait la relever, serait quelque chose d'étrange dans notre droit. Nous croyons avoir démontré que, même au regard des tiers, la femme était traitée comme copropriétaire actuelle des biens communs. Si on lui reconnaît, ce qui semble s'imposer, le droit de disposer conjointement avec le mari d'un immeuble commun par voie de donation, on ne saurait lui refuser le droit d'obliger directement la communauté, droit que nos anciens auteurs ne semblent même pas lui avoir refusé, quelque restrictive à d'autres égards qu'ait pu être leur doctrine.

11. Ceci posé, il devient facile de déterminer le caractère véritable de l'autorisation maritale sous notre régime. C'est un acte de coopération, de participation personnelle à l'obligation de la femme. Ce que la volonté seule de l'associé non gérant ne pouvait faire, l'accord des volontés des co-associés l'a pu réaliser. La communauté est obligée ; mais, pour rendre compte de ce fait, il n'est pas besoin de recourir à l'idée d'une

(1) Thaller, Faillite des différents commerçants, *Rev. crit.*, 1882, p. 601 et 602.

obligation, distincte de celle de la femme comme l'obligation d'une caution l'est de celle du débiteur principal, que le mari aurait contractée personnellement en en chargeant la communauté (1). Si la dette tombe au passif commun, c'est bien comme dette de la femme. Théoriquement, cette conception, envisagée en elle-même, n'a rien de contraire aux principes. Elle semble être celle de nos anciens auteurs. On peut invoquer, en ce sens, l'autorité de Pothier nous disant que « l'autorisation du mari donne à la femme commune en biens le pouvoir de charger des dettes qu'elle contracte par l'acte pour lequel elle est autorisée la communauté » (n° 78, Puissance du mari) ; celle aussi de Lebrun, de Renusson, de Valin, qui opposent aux dettes que le mari a contractées, celles qui procèdent du chef de la femme, telles que celles des successions qui lui sont échues pendant le mariage. Ce qui implique au moins que de certaines dettes par lui autorisées, le mari n'est tenu que comme associé (2).

Les textes aussi s'harmonisent avec cette idée : l'art. 1409, 2°, qui oppose aux dettes contractées par le mari pendant la communauté celles qui l'ont été par la

(1) *Contrà*, Aubry et Rau, t. V, § 509, 4°, b. texte ; Colmet de Santerre, t. VI, 41 bis, XXI ; Demolombe, *Cours de code civil*, IV, 310 ; Guillouard, t. II, n° 845.

(2) Lebrun, Cté, l. 2, ch. 3, sect. 1, n° 14 ; Renusson, Cté, IIe, P., ch. 6, nos 2 et suiv.; Ferrière, sur l'art. 221, par 2, n° 6 ; Duplessis, Cté, l. 1, ch. 5, sect. 1, p. 402, sect. 3, p. 416 ; Valin, Cme de La Rochelle, art. 47, n° 30, t. 2, p. 656, Ed. 1756.

femme, du consentement du mari, ce qui implique qu'elles ne figurent pas au même titre dans le passif commun. L'art. 1426, reproduit par l'art. 5 du Code de com., disposant que « les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de justice, n'engagent pas les biens de la communauté, si ce n'est lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce », ce qui prouve que, dans cette hypothèse même, c'est bien de dettes personnelles à la femme qu'est grevée la communauté. Le mari en est sans doute personnellement tenu, mais son obligation repose exclusivement sur son titre d'associé. En cette qualité il s'approprie le lien obligatoire qui avait pris naissance entre la femme et son créancier, sans en modifier pour cela la nature juridique (1).

(1) On ne trouve guère de décisions de jurisprudence où la question soit posée dans des termes précis, les principes nettement dégagés. En général les tribunaux semblent s'attacher à cette idée que la dette tombe en communauté comme dette du mari. C'est au moins ce qu'on peut induire de certaines décisions rendues au cas d'obligation conjointe ou solidaire des époux pour régler les conséquences d'un concordat et que nous aurons à étudier d'une manière approfondie. (Paris, 24 janv. 1855. S. 55. II. 85 ; Cass. Req., 17 janv. 1881. D. 81. I. 145). Cependant un jugement du tribunal civil de Reims du 15 mars 1884 pose très nettement le principe que nous admettons comme point de départ. « Cette double obligation du mari et de la communauté, est-il dit dans les considérants, prend sa source dans la nature même de la communauté, et est fondée sur la combinaison des deux principes suivants : 1° la femme peut, comme copropriétaire du fonds commun, engager la communauté avec le consentement de son mari ; 2° le mari est, comme chef de la communauté, personnellement tenu

12. Les choses ne se passent pas différemment quand les dettes de la femme antérieures au mariage tombent en communauté comme mobilières. Personne ne prétend ici que le mari contracte une obligation distincte, cependant la dette de la femme lui devient propre, il en est tenu comme associé.

Mais bien qu'il ne soit qu'indirectement atteint, il n'en est pas moins obligé personnel. La dérogation à la règle : *qui auctor est non se obligat*, est traditionnelle, incontestable. On le nie cependant. Il s'agit, dit-on, d'une règle très naturelle d'interprétation de volonté, à laquelle on ne saurait déroger en l'absence d'un texte précis. « Le mari n'est pas tenu personnellement, il est tenu parce que la communauté est obligée » (1).

Si l'on entend par là que le mari est tenu seulement *quasi socius*, je crois cette formule exacte ; mais il ne faut pas s'abuser sur le sens des mots. Le mari s'est, en tant que commun, approprié l'obligation de la femme, il est incontestablement tenu d'en répondre sur ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir (art. 2092 C. civ.). C'est un débiteur personnel. La division de la dette entre les deux associés, le mari et la femme, n'en change pas la nature juridique, l'étendue seule en est modifiée. Cette conception ne semble cependant pas être celle de M. Lacoste. « Le mari, dit-il,

de toutes les obligations dont celle-ci est grevée ». Gaz. Palais, 1885, 1er sem., p. 169.

(1) Lacoste, *Rev. Crit.* 1883, p. 74. Laurent, t. XXII, nº 70.

n'est qu'un débiteur de fait dont les biens personnels se trouvent libérés dès que cessent ses pouvoirs, et qui ne se trouvera désormais avoir à subir l'effet de l'obligation que parce qu'il prendra une certaine part dans les biens communs. » S'il peut être poursuivi sur ses propres, si les créanciers de la femme peuvent saisir la masse commune, sans avoir égard à ses droits de copropriétaire, c'est que la loi présume de sa part une véritable renonciation abdicative. Il ne s'est pas obligé personnellement ; il a simplement entendu limiter sa responsabilité à certains biens (1). Mais ces biens, envi-

(1) « Nous n'avons pas ici, dit M. Lacoste, deux débiteurs, la femme et la communauté : la femme seule est débitrice ; seulement, l'exécution de la dette, au lieu de porter uniquement sur les biens qui lui appartiennent en propre, porte en outre, en vertu de la renonciation du mari, et par des raisons d'utilité pratique, sur les biens dont elle est copropriétaire. Le mari ne peut-il pas faire abstraction au profit des créanciers de sa femme de ses droits sur la masse commune, sans pour cela s'obliger personnellement ? Ces limitations de responsabilité en dehors de toute idée d'être moral ne sont certainement pas sans exemple dans notre législation. Quand la femme se marie sous le régime dotal, elle limite sa responsabilité à ses engagements sur ses paraphernaux, l'héritier qui accepte une succession sous bénéfice d'inventaire limite sa responsabilité aux biens de la succession ; la caution réelle ne s'engage que sur un bien déterminé.

Et parce que les sociétés civiles ne sont pas des personnes morales, croit-on que dans une société qui se composerait de deux membres, il fût défendu à l'un d'eux de déclarer à tel ou tel créancier de son associé qu'il abdique, vis-à-vis de lui, ses droits sur le fonds social, mais que d'ailleurs il n'entend pas engager le reste de sa fortune ? Quelle disposition particulière ou quelle règle d'ordre public se trouverait donc violée par cette clause ? Y aurait-il là autre chose que l'application de ce principe, que les conventions font la loi des parties ? Eh bien !

sagés dans leur ensemble, constituent une *universitas juris*, une universalité. Qu'il en entre une fraction dans son patrimoine, elle s'y confondra avec ses biens propres, et, sur ces biens, il répondra d'une part proportionnelle des dettes communes (1). Mais son obligation indéfinie, tient seulement à ce que les valeurs communes ne sont pas un élément distinct de son patrimoine. Il y a eu confusion. Pourquoi ne l'éviterait-il pas en faisant inventaire ? On affirme que c'est un débiteur de fait : c'est dire qu'il peut être contraint de payer les créanciers en tout ou partie parce qu'il détient certains biens. Sa situation est donc assimilable à celle d'une caution réelle, ou mieux encore à celle d'un héritier bénéficiaire. Mais l'héritier bénéficiaire n'est tenu d'acquitter les dettes héréditaires que sur les biens de la succession : il n'a pas à payer les créanciers *de suo*.

En somme, n'est-il pas contradictoire de soutenir que le mari a entendu limiter sa responsabilité à certains biens et que cette limitation reste sans effets à son

c'est une renonciation analogue que la loi présume de la part du mari. Et ce système, je l'ai dit, n'entraîne aucune surprise pour les tiers : ceux-ci ne peuvent pas compter sur l'engagement personnel du mari, puisqu'il ne se présente à eux que comme autorisant sa femme » (*Rev. Crit. 1883*, p. 748).

(1) « Le mari n'étant pas lié personnellement par son autorisation, il en résulte qu'à la dissolution de la communauté, il sera désormais simplement poursuivi pour la moitié de la dette, en vertu du principe que les dettes sont charge d'universalité ; mais il n'y aurait aucune raison de le poursuivre au-delà (1485) » (Lacoste, *R. Cr. 1883*, p. 749).

égard ? Pendant la durée de la communauté, il répond indéfiniment du passif social ; c'est un correctif pratique de ses pouvoirs très étendus. Après la dissolution de la société conjugale, il doit encore acquitter *de suo* celles des dettes communes qui sont à sa charge, parce qu'il ne peut faire établir par un inventaire la consistance de l'actif commun.

Que si l'on prête à sa renonciation une portée absolue, en sorte qu'elle s'applique à toutes les valeurs dont l'ensemble constitue son patrimoine, il ne peut plus être question de responsabilité limitée, et je ne vois là rien autre chose qu'une convention génératrice d'une obligation personnelle.

Ceci même nous semble établir l'exactitude de la formule qui résume notre théorie. Le mari s'approprie, en tant qu'associé, le lien de droit qui avait pris naissance en la personne de la femme. Si, pendant le mariage, il peut être poursuivi pour l'intégralité de la dette, ce peut être à raison d'une confusion véritable des biens communs avec les siens propres. Mais, cette confusion n'est pas si complète que les tiers ne soient tenus, dans certains cas, de distinguer les immeubles propres du mari des conquêts de communauté, sur lesquels il n'a pas les mêmes pouvoirs. Nous dirons seulement que, la personnalité de la femme comme associée s'effaçant au regard des tiers créanciers, il est naturel que le mari soit pour eux le représentant exclusif de la société conjugale.

Lorsque la communauté se dissout, comme il est tenu personnellement des dettes communes dans la mesure de ses droits à l'actif commun, il ne peut se soustraire en faisant inventaire à l'obligation de les acquitter sur son patrimoine propre. De cette même idée, la loi fait une application précise à la femme qui invoque son bénéfice d'émolument (art. 1483) (1).

Je repousse donc la théorie qui fait du mari un débiteur de fait, et je prends pour point de départ l'idée que l'art. 1409, 2°, déroge dans une certaine mesure à la règle traditionnelle : *qui auctor est non se obligat*. Il serait sans doute exorbitant d'attribuer à la simple autorisation du mari le même effet qu'à son intervention

(1) On admet sans difficulté que la femme commune acceptante, qui n'est tenue qu'en qualité d'associée, est cependant obligée personnellement. C'est ce qui explique que dans les limites de son bénéfice d'émolument elle puisse être poursuivie même sur ses biens propres, à la différence de l'héritier bénéficiaire qui, ayant fait inventaire, ne répond des dettes héréditaires que sur les biens de la succession. « L'héritier bénéficiaire, dit M. Guillouard, n'est pas et ne devient pas, par son acceptation, le débiteur personnel des créanciers héréditaires ; il n'est tenu, vis-à-vis d'eux, que *propter rem*, à raison des biens qu'il recueille et sur ces biens. Au contraire, *la femme qui accepte la communauté est tenue de son chef* à titre de commune ou d'associée vis-à-vis des créanciers de la communauté » (*Contrat de mariage*, t. III, § 1387, p. 292).

Or ce qui est vrai de la femme l'est, *a fortiori*, du mari qui, lui, ne peut opposer un bénéfice d'émolument aux créanciers ; qui, par conséquent, pour sa part d'associé, est tenu des dettes communes personnellement et indéfiniment. Il n'y a donc pas antithèse, incompatibilité entre les deux idées d'obligation personnelle et d'obligation fondée exclusivement sur le titre d'associé.

positive au contrat. Mais quoi de plus naturel que supposer chez lui l'intention de s'obliger, en tant qu'associé, d'offrir à sa femme le crédit commun ?

§ III. — Comment s'explique en fait l'intervention du mari.

13. En fait, la disposition de l'art. 1409, 2°, se justifie fort bien. Cependant on en a donné des explications divergentes. « Si la société est obligée, dit M. Laurent, citant Duranton, c'est qu'on a pensé que le mari pourrait engager sa femme à contracter dans un intérêt qui serait exclusivement celui de la communauté ; par exemple en empruntant une somme qu'elle remettrait à son mari. Le mari aurait ainsi évité de s'obliger personnellement, et la femme seule eût été obligée, quoique la dette profitât à la communauté et au mari. Pour que le mari n'ait pas intérêt à agir de la sorte en abusant du pouvoir qu'il a sur sa femme, la loi déclare la communauté obligée et, par suite, le mari. » C'est, somme toute, établir une présomption irréfragable et bien souvent contraire aux faits, que la dette a été contractée dans l'intérêt exclusif du mari. La conséquence logique de cette idée, c'est que le mari doit être obligé au même titre que s'il était intervenu au contrat comme débiteur principal. Cette conséquence, M. Laurent la repousse : pour lui, la communauté n'est obligée que du chef du mari, car la femme, privée par la loi de

toute action sur les biens communs, ne saurait les affecter à la garantie de ses créanciers, et, cependant, le mari n'est tenu que *quasi socius* (1).

14. Plus rationnelle est la théorie de M. Colmet de Santerre (t. VI, § 41 *bis*, 21), qui, assignant au mari le rôle de débiteur principal, cherche à justifier en fait son système par des considérations analogues. « Les intérêts du mari et de la femme communs en biens, dit-il, sont tellement mêlés, on peut dire enchevêtrés, que tous les actes accomplis par la femme, et qui lui semblent propres, intéressent le mari à un degré plus ou moins élevé. Si bien que les tiers risqueraient d'être compromis lorsqu'ils croiraient avoir contracté avec le mari parce qu'il jouait dans l'acte un certain rôle dont ils n'avaient pas bien aperçu le caractère... C'est afin d'éviter cette confusion dangereuse pour les tiers que la loi déclare le mari obligé, alors même qu'il aurait paru seulement autoriser (2). »

15. Je ne crois pas que telle ait été la pensée de la loi : l'art. 1419, réservant la récompense due à la communauté ou au mari, semble bien admettre que, très généralement, l'obligation sera contractée dans l'intérêt personnel de la femme. Est-il, d'ailleurs, vraisemblable que les tiers s'abusent sur le rôle du mari ? Qui dit autoriser ne dit pas contracter. Cela est si vrai que la

(1) Laurent, XXII. 70.

(2) En ce sens Aubry et Rau, t. V, § 509. 4° b. nte 4 ; Guillouard, t. II n° 844, p. 327.

plupart du temps le créancier réclamera du mari son engagement conjoint ou même solidaire. C'est donc qu'on attache plus de valeur à l'obligation personnelle du mari qu'à sa simple autorisation. J'ajouterai, enfin, qu'en règle générale, on ne recherche pas en droit à qui peut bien en fait profiter une obligation : le créancier a suivi la foi du débiteur, qu'importe que ce soit un tiers qui recueille, en définitive, le bénéfice de l'opération. Ce tiers, lui, n'a pas entendu s'obliger, le créancier ne le connaît pas, d'ailleurs, dans la plupart des cas. En somme, le mobile qui a déterminé une personne à contracter est souvent difficile à préciser, il est toujours indifférent. Mais n'y a-t-il pas précisément dérogation à cette règle générale ? La loi ne tiendrait-elle pas ici compte, une fois par hasard, du bénéficiaire de l'obligation : la communauté est obligée, le mari aussi ; nous avons déterminé dans quelle mesure. N'est-ce pas que communauté et mari profitent d'une façon, variable, il est vrai, suivant les cas, mais toujours certaine, de la dette contractée par la femme ? Non, dirai-je, car il est des hypothèses où la communauté est absolument désintéressée, où les tiers n'ont pu se méprendre sur la portée de l'opération, et où cependant la société conjugale répondra de la dette.

A cela on peut répondre que la communauté profite toujours indirectement : je suppose un emprunt fait pour opérer des réparations urgentes à un immeuble propre de la femme ; la chose est établie d'une façon

indiscutable aux yeux du créancier. La société conjugale semble désintéressée : il n'en est rien. En réalité l'affaire la concerne subsidiairement : la valeur, les revenus du bien dont elle avait la jouissance s'en trouveront augmentés. Il est naturel, dira-t-on, de la considérer comme obligée à la dette. Ce raisonnement ne me convainc pas : il s'agit d'un intérêt si vague, si secondaire, qu'on ne saurait raisonnablement lui attribuer aucune importance.

Que si l'obligation de la femme a pour objet un immeuble propre, dont une clause, très licite d'ailleurs, lui a réservé l'administration et la jouissance exclusives, l'intérêt commun n'est plus en jeu. Sur ce point, tout le monde est d'accord.

On en conclut, en général, que la communauté n'est pas obligée. Je crois pour ma part que les textes n'autorisent pas une pareille distinction. Elle ne s'impose pas, du reste, si l'on se place à un point de vue quelque peu différent pour expliquer la règle de l'art. 1409, 2°, C. civ.

Cette explication, je la trouve dans l'idée essentielle, fondamentale du régime, dans l'idée de coopération des époux. La communauté n'est pas organisée dans l'intérêt exclusif du mari ; à chacun des conjoints elle offre son crédit pour ses affaires personnelles. Ce crédit, la femme peut en user avec l'autorisation du mari, qui ne fait, après tout, en donnant son consentement, qu'approuver comme associé l'acte accompli par elle. Intéressé ou

non, ce consentement a toujours la même valeur. C'est ce que contestent les auteurs qui considèrent le mari comme contractant une obligation distincte lorsqu'il autorise sa femme. Pour eux, la règle de l'art. 1409, 2°, est très exceptionnelle ; ils sont donc conséquents avec eux-mêmes en l'expliquant par l'idée que le mari pourrait retirer un certain profit de l'acte autorisé, et en cherchant à en restreindre les cas d'application. Pour nous, au contraire, l'art. 1409, 2°, ne fait qu'édicter une règle rationnelle d'interprétation de volonté qui doit être obéie dans tous les cas, sans distinction.

CHAPITRE II

INTÉRÊTS PRATIQUES.

16. L'idée que le mari fait essentiellement acte d'associé et s'oblige en cette qualité quand il autorise sa femme à contracter, nous paraissant établie, il faut en dégager les conséquences pratiques.

§ I. — Droits des créanciers sur les biens communs.

On se demande, en général, si les biens communs peuvent être saisis du chef de la femme; s'ils ne doivent pas l'être exclusivement du chef du mari. La question étant sans grand intérêt pratique, je n'y veux pas insister. La solution en est très simple dans notre système; puisque le mari n'est pas tenu d'une obligation distincte, que la communauté est obligée du chef de la femme, c'est au nom de celle-ci que sera, bien évidemment, pratiquée la saisie (1).

L'on pourra m'objecter qu'elle n'a pas, sur les biens

(1) Lacoste, *Rev. crit.*, 1883, p. 715.

communs, un droit irrévocable, que ce droit sera rétroactivement anéanti par l'effet de sa renonciation. Dès lors, n'est-il pas étrange que ses créanciers puissent se payer définitivement sur les biens communs ?

Il faut répondre que non. Le fait, que la femme peut se rendre étrangère à la société conjugale, qui se trouvera dès lors, exclusivement et rétroactivement, représentée par le mari, ne fait pas obstacle à ce que certaines dettes, qui sont, au premier chef, personnelles à la femme, ne grèvent irrévocablement la communauté. Si les biens communs peuvent être saisis par les créanciers qui ont traité avec elle antérieurement au mariage, c'est en son nom, ce ne saurait être au nom du mari ; et cependant sa renonciation ne porte aucune atteinte aux droits de ces créanciers.

§ II. — Droits des créanciers sur les biens du mari.

17. Si des droits des créanciers sur les biens communs nous passons à leurs droits sur le patrimoine du mari, il nous faut rechercher dans quelle mesure celui-ci peut être tenu sur ses biens personnels.

a) Tant que dure la communauté, il peut être poursuivi pour le tout comme s'il avait contracté solidairement avec la femme (art. 1419 C. civ.). C'est un point certain.

Où la difficulté commence, c'est quand il s'agit d'ex-

pliquer, en droit et en fait, la disposition de l'art. 1419. Que l'on voie dans ce texte une application de la maxime : Toute dette du mari est dette de communauté, toute dette de communauté est dette du mari, il restera encore à rendre raison de cet adage.

18. On peut dire, tout d'abord, que la dette est tombée en communauté comme dette personnelle du mari. On voit alors, dans l'article 1412, 2°, et dans l'article 1419, des dispositions parallèles. L'article 1412 pose en principe que « les dettes d'une succession purement immobilière qui échoit à l'un des époux pendant le mariage ne sont pas à la charge de la communauté..... Néanmoins, si la succession est échue au mari, les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur paiement soit sur tous les biens propres du mari, soit même sur ceux de la communauté ». « La loi, dit M. Colmet de Santerre (D^t^ Civ., t. VI, 54 bis), ne fait alors qu'une application de l'article 1409, 2°. Le consentement du mari qui a accepté la succession doit obliger la communauté, sauf récompense, puisque les dettes sont relatives à des immeubles propres. »

Je ne puis admettre, pour ma part, que la communauté soit obligée dans cette hypothèse, alors que, cependant, l'art. 1412, pose formellement en principe que les dettes d'une succession immobilière échue à l'un quelconque des époux, mari ou femme peu importe, pendant le mariage, ne sont pas à la charge de la communauté. Comment le législateur se serait-il con-

tredit à ce point dans un même texte ? La théorie de M. Colmet de Santerre entraîne cette conséquence, que la femme commune acceptante sera tenue comme telle de la moitié des dettes en question, sauf récompense il est vrai. Or l'art. 1412 me paraît incompatible dans ses termes avec cette solution.

19. On peut, à un point de vue tout différent, rapprocher ces deux textes, et dire que tous deux ils prévoient l'hypothèse d'une poursuite objective sur les biens (1).

Le mari, dira-t-on, n'est pas obligé à la dette de la femme dans le cas de l'art. 1419 ; la communauté n'est pas obligée à la dette du mari dans l'hypothèse de l'art. 1412, 2°. Les deux dispositions sont parallèles ; elles s'expliquent également par l'idée d'une confusion de droit entre les deux patrimoines du mari et de la communauté.

Cette théorie est séduisante. Il est certain que, dans l'hypothèse de l'art. 1412, 2°, on se trouve en présence d'un droit de poursuite objective sur les biens communs : si l'on veut, la communauté est débitrice de fait. Mais je crois très contestable l'idée d'une sorte de confusion entre les biens propres du mari et les biens communs. « Les tiers, dit M. Thaller, doivent bien savoir distinguer la ligne séparative, car, s'ils reçoivent du mari, à titre de donation, ceux-là au lieu de ceux-ci, ils s'exposent à être évincés plus tard (art. 1422). La

(1) Guillouard, t. II, n° 635, p. 119.

loi leur impute véritablement à faute de ne pas avoir discerné les uns des autres. Alors, pourquoi la situation changerait-elle de face en ce qui touche le droit de saisie, et comment les créanciers seraient-ils recevables à exécuter les biens du mari s'il n'était pas leur débiteur (1)? »

Peut-être de cette disposition de l'article 1412, 2°, faut-il simplement chercher la raison dans les pouvoirs très étendus du mari sur les biens communs. Il peut incontestablement payer ses créanciers personnels avec des valeurs communes : de là à conclure que ces créanciers peuvent les saisir et se payer sur elles, il n'y a qu'un pas (2).

20. Quoi qu'il en soit de ce point discutable, partant de l'idée que le mari qui autorise sa femme à contracter s'oblige personnellement et en tant qu'associé, nous interprétons sans peine l'art. 1419. Le droit de poursuite sur les immeubles propres du mari, reconnu par ce texte au créancier, s'explique parce qu'il s'agit d'un débiteur personnel (art. 2092). Sans doute, la division de la dette est de principe entre associés dans une société civile, mais la communauté obéit à des règles ex-

(1) Thaller, *Rev. crit.*, 1882, p. 597.

(2) Au fond tout s'explique par l'idée que le mari représente seul la société conjugale au point de vue passif. Puisque les créanciers communs peuvent se payer sur ses propres, comme si la femme n'avait pas de droits dans la communauté, il est naturel que, par une équitable réciprocité, les créanciers du mari jouissent du même privilège sur les biens communs.

ceptionnelles, et les dispositions de la loi à cet égard sont très rationnelles en ce que les créanciers communs, étant privés du droit d'agir contre la femme s'ils n'ont pas d'autre titre, la société conjugale, à leur encontre, est exclusivement représentée par le mari. Les créanciers de la communauté ont, tant qu'elle dure, le mari pour débiteur exclusif. C'est le sens de la règle : toute dette de communauté est dette du mari, qui, ainsi interprétée, revêt une portée absolument générale. Certains auteurs admettent que, lorsqu'il s'agit des dettes de la femme antérieures au mariage tombées en communauté, les créanciers ne peuvent poursuivre contre les propres du mari une exécution solidaire. Le texte de l'article 1419 n'étant, selon nous, que l'application d'un principe très général, rien n'autorise évidemment cette distinction entre les dettes de la femme antérieures ou postérieures au mariage.

b) **21.** Nous n'avons jusqu'ici envisagé que la situation créée par la loi au mari tant que dure la communauté. Maintenant supposons-la dissoute. De deux choses l'une : ou la femme renoncera à la communauté ou elle l'acceptera. Dans le premier cas, point de doute : sa situation ne se trouvera pas modifiée. Il continuera à représenter exclusivement la société conjugale au regard des tiers créanciers, et ses biens pourront faire l'objet d'une exécution solidaire. D'ailleurs, valeurs communes ou propres ne sont plus que des éléments indistincts de son patrimoine (art. 1492 C. Civ.).

22. La question est, au contraire, très ardue, si l'on suppose la femme acceptante. Le mari pourra-t-il se prévaloir de la division de la dette entre les associés ; au moins jusqu'à concurrence de l'émolument de sa femme (1) ? Il faut répondre non dans le système qui, déclarant la communauté obligée du chef du mari, fait de celui-ci un débiteur principal.

Mais lors même qu'on repousse cette idée, ne doit-on pas dire qu'en principe, et à moins d'une disposition expresse de la loi, le mari, chef de la communauté, une fois celle-ci dissoute, est tenu des dettes communes au même titre et dans la même mesure qu'il l'était avant ? L'article 1485 disposant que le mari n'est tenu que pour moitié des dettes personnelles à la femme tombées à la charge de la communauté, ne serait-il pas un texte exceptionnel, comportant une interprétation restrictive. Or, il oppose précisément aux dettes personnelles de la femme, les dettes contractées par le mari, ce qui peut fort bien s'entendre des dettes qu'il a autorisé sa femme à contracter et dont il répondrait comme

(1) La femme a fait inventaire : l'émolument qu'elle recueille est inférieur à la moitié des dettes entrées de son chef en communauté. Il est certain que si elle payait au-delà de cet émolument elle aurait un recours contre le mari ou ses héritiers. Mais les créanciers ont-ils action contre le mari pour la différence entre la moitié qui incombe à la femme et l'émolument qu'elle a recueilli ? On l'a contesté, mais à tort : il faut leur reconnaître au moins une action fondée sur l'article 1166 C. civ. En ce sens, Guillouard, t. III, n° 1381, p. 286.

s'il les avait personnellement contractées (1). Cette interprétation se confirme d'un argument tiré de notre ancien droit, où il semble bien que Pothier, dans un texte qui est l'origine évidente de l'article 1485 (2), ait omis intentionnellement de mentionner, parmi les dettes dont le mari était tenu seulement pour moitié, celles que la femme avait contractées avec son autorisation.

23. A vrai dire, il semble que nos anciens auteurs n'avaient pas d'opinion bien précise sur la question. Ils laissaient dans l'ombre l'étude des effets de la simple autorisation du mari pour s'occuper de l'obligation conjointe ou solidaire des époux, qui est l'hypothèse la plus fréquente en pratique. Cependant, je crois qu'il est possible de dégager, avec certitude, leur pensée en cette matière.

Renusson nous apprend qu'il avait été soutenu que le mari, après dissolution du mariage et partage fait des biens de la communauté, ne pouvait être poursuivi que pour moitié de la dette qu'il avait contractée pendant le mariage, parce qu'à ce moment la cause pour laquelle on pouvait agir contre lui pour le tout avait cessé. Cette doctrine était repoussée par la généralité des auteurs et la jurisprudence des Parlements. Per-

(1) Guillouard, t. II, 845, t. III, n° 1378 ; Aubry et Rau, V, § 520, texte et note 2, p. 433, 434 ; Colmet de Santerre, t. VI, n° 145bis, V ; Troplong, III, n° 1781 ; Rodière et Pont, II, n° 1133.

(2) Pothier, *Traité de la Communauté*, n° 730. Cependant, M. Guillouard, t. III, n° 1378, note 13, reconnaît que ce passage est plutôt favorable à notre théorie.

sonne, aujourd'hui, ne songerait à la défendre. Mais il semble, pour qu'on ait pu la soutenir, qu'il ait dû être admis communément que des dettes sociales non personnellement contractées par lui, le mari restait tenu seulement pour moitié « la cause pour laquelle on pouvait agir contre lui pour le tout ayant cessé » (1).

C'est ce que Bourjon décidait dans une hypothèse particulièrement délicate, celle où la femme avait exercé, du consentement du mari, un commerce séparé. « Les engagements de la femme marchande publique, disait-il, après dissolution de la communauté, ne peuvent plus militer contre le mari que pour moitié. Il serait dur de prétendre la solidité qui n'a lieu que pour les engagements qu'il a contractés lui-même » (2). Ainsi les effets de l'autorisation générale, appliquée au commerce, pouvaient être douteux. Mais le principe était que la solidité n'avait lieu que pour les engagements que le mari avait contractés lui-même. Elle restait en particulier inapplicable à ceux qu'il avait autorisé la femme à contracter.

Ce principe, Pothier en fait précisément application dans le texte que nous signalions tout à l'heure (Pothier, Communauté, n° 730). « A l'égard des dettes de la communauté que le mari n'a pas lui-même contrac-

(1) Renusson, C^té^, 2^e^ P., ch. VI, n° 4, rappelant l'opinion de Bacquet, *Traité des droits de justice*, n° 35.

(2) Bourjon, *Droit commun de la France*, l. 3, t. X, 4^e^ P. *De la commun.*, ch. 4, sect. II, n^os^ 7 à 9.

tées mais qui procèdent du chef de la femme, telles que sont celles qu'elle a contractées avant son mariage, et celles des successions qui lui sont échues durant la communauté, dans laquelle les biens et les dettes des dites successions sont tombés, il y en a qui pensent que le mari, ayant été débiteur de ces dettes, pour le total, envers les créanciers, en sa qualité de chef de la communauté, il continuera de l'être après la dissolution de la communauté. Je pense, au contraire, que le mari n'ayant pas lui-même contracté ces dettes, n'en ayant été débiteur qu'en sa qualité de chef et seigneur de la communauté, cette qualité venant de se restreindre par la dissolution de la communauté, lorsqu'elle est acceptée par les héritiers de la femme, à celle de commun pour moitié, il ne doit plus demeurer débiteur que pour moitié envers les créanciers ». Pothier réserve ensuite les effets du bénéfice d'émolument qui peut être invoqué par les héritiers de la femme, et rappelle que la Coutume de Melun a une disposition conforme à son avis. Il y est dit (art. 216) : « Le mari est tenu de toutes les dettes mobilières qu'elle (la femme) devait auparavant le mariage, desquelles il peut être valablement poursuivi pour le tout durant le mariage, et icelui dissolu, pour moitié seulement ». C'est aussi l'opinion de Lebrun (1).

L'énumération de Pothier n'est pas limitative : il s'at-

(1) Lebrun, Cté, l. II, ch. 3, sect. 1, n° 18.

tache aux hypothèses les plus pratiques, et pour donner un exemple d'obligation contractée pendant le mariage avec la simple autorisation du mari, il prend le cas d'une succession échue à la femme et comprenant des meubles. Ce qui était discuté, c'était le principe même, ce n'en étaient pas les applications. Certains auteurs avaient pensé que la qualité de chef de la communauté devait rendre au mari les engagements de la femme communs et obligatoires pour le tout, même après la dissolution de la communauté. C'est cette opinion que Pothier se propose de réfuter, et il le fait, en termes si généraux, que rien ne donne à penser qu'il ait entendu faire certaines restrictions, pour le cas où la femme aurait contracté dans un intérêt moins manifestement personnel.

D'ailleurs, voici ce qui me paraît écarter toute incertitude au sujet de sa doctrine. On avait débattu la question de savoir si le mari, obligé conjointement avec sa femme, resterait en ce cas débiteur pour le total envers le créancier, après la dissolution de la communauté. La raison de douter, c'est que, s'il se fût obligé avec toute autre personne que sa femme, et sans stipulation de solidarité, il serait censé ne s'être obligé que pour sa part. « Néanmoins, dit Pothier, on décide communément que, même en ce cas auquel le mari s'est obligé conjointement avec sa femme, sans expression de solidarité, il est censé s'être obligé pour le total, et il demeurera, après la dissolution de la communauté, débiteur pour le

total envers le créancier. La raison est que, lorsqu'on fait intervenir une femme à l'obligation du mari, l'intention des parties est de procurer une plus grande sûreté au créancier plutôt que partager et diminuer l'obligation du mari. » (Communauté, n° 729).

Il est clair que si le mari se fût obligé solidairement par sa simple autorisation, la question ne se fût pas posée. La pensée de Pothier est que la femme, intervenant à l'obligation du mari, joue seulement le rôle d'une caution, le créancier suivant exclusivement la foi de ce dernier : on ne saurait comprendre qu'il en fût de même lorsqu'il autorise simplement la femme à contracter.

24. Chez nos anciens auteurs nous ne trouvons donc rien qui justifie une interprétation restrictive de l'article 1485 ; rien ne confirme, à cet égard, la théorie qui considère le mari comme tenu d'une obligation distincte.

On chercherait en vain, dans les travaux préparatoires, un passage qui révèle une pensée différente des rédacteurs.

La section de législation du Conseil d'État avait proposé de modifier l'article 93 du projet (art. 1484 actuel) en y substituant la rédaction suivante : « Le mari est tenu pour la totalité des dettes de la communauté, sauf son recours contre la femme ou ses héritiers. » « Il est à propos de supprimer les mots : par lui contractées, parce qu'il y a des dettes qui ne sont pas moins à la charge de la communauté, quoique le mari ne les ait pas con-

tractées personnellement : telles sont celles qui auraient été contractées par la femme marchande publique » (Locré, *Législ.*, t. XIII, p. 240). Par dettes à la charge de la communauté la section entendait évidemment les dettes dont le mari devait rester tenu *in solidum* en sa qualité de chef de la société conjugale. Un autre passage du rapport indiquait par voie d'exclusion ce qu'étaient au juste ces dettes. La section proposait de substituer à l'article 94 du projet (1485 actuel) la rédaction suivante : « Néanmoins, il n'est tenu que de moitié des dettes personnelles à la femme antérieures au mariage, et de celles des successions échues à la femme ou dépendantes de donations à elle faites, quoique ces dettes fussent tombées à la charge de la communauté. »

Le principe était donc que le mari était tenu *in solidum* des dettes de la communauté dissoute, sauf les exceptions prévues par la loi. La controverse portait exclusivement sur l'effet des obligations contractées par la femme commune commerçante. On laissait dans l'ombre les effets de l'autorisation maritale en matière civile. Mais la rédaction limitative de la section de législation ne semble pas avoir prévalu. On s'en tint à une formule générale qui est celle de notre article 1485 : « Il n'est tenu que pour moitié de celles personnelles à la femme et qui étaient tombées à la charge de la communauté.

Aux dettes personnelles de la femme, l'art. 1484 oppose les dettes contractées par le mari. Ceci semble bien impliquer qu'on n'a pas adopté les idées de la

section de législation qui demandait la suppression de ces mots comme ne pouvant s'entendre des dettes que le mari aurait simplement autorisé la femme à contracter. Du reste, on avait surtout en vue l'hypothèse où la femme commune s'était obligée avec l'autorisation générale du mari pour le fait de son commerce, sans doute parce que cette hypothèse était la plus pratique, mais aussi et surtout, selon moi, parce qu'elle obéit à des règles exceptionnelles. Non pas que le mécanisme de l'autorisation maritale soit ici différent de ce qu'il est en matière civile : la dette tombe en communauté comme dette personnelle de la femme. « Les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de justice, dit l'article 1426, n'obligent point les biens de la communauté, si ce n'est lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce ». Mais si la dette tombe en communauté, c'est vraisemblablement avec son caractère commercial. Le mari, la communauté sont tenus commercialement : peut-être même sont-ils commerçants, et nous aurons à rechercher s'il n'y a pas lieu de leur faire application de cette règle, qu'en matière commerciale la solidarité est de droit commun.

25. Quoi qu'il en soit de cette hypothèse exceptionnelle, le principe, en matière civile, ne nous semble pas douteux : les dettes contractées par la femme autorisée du mari ne sont obligatoires pour lui, une fois la communauté dissoute, que dans la mesure de son droit

d'associé. C'est ce qu'on peut, à la rigueur, conclure des précédents historiques et des travaux préparatoires. C'est ce qui s'impose si l'on part de cette idée que la dette de la femme autorisée du mari tombe au passif social, comme dette personnelle de la femme, idée qui se dégage de l'article 1426 et qui, nous croyons l'avoir établi, est en harmonie avec les principes généraux du régime de la communauté.

26. Dans la doctrine des auteurs qui admettent qu'on doit considérer comme contractées par le mari lui-même, les dettes qui l'ont été par la femme, de son consentement, la plus grande incertitude règne sur le sens exact des termes : « dettes personnelles ». On dit se référer à la tradition et entendre par là les dettes de la femme, antérieures au mariage, et celles qui grevaient les successions mobilières ou les donations à elle échues. Mais la tradition est bien incertaine, et cette doctrine implique contradiction. Si l'autorisation du mari constitue un acte personnel qui l'oblige autrement que ne serait un simple associé, pourquoi n'en est-il pas de même dans tous les cas, l'autorisation maritale ne changeant pas de caractère? Cette objection, MM. Aubry et Rau la prévoient. « Interprétée en ce sens, disent-ils, la disposition de l'art. 1485 peut, au premier abord, paraître contraire aux explications données (n^te^ 2, *supra*) sur les effets de l'autorisation accordée par le mari et l'engagement personnel qui en résulte pour lui. Mais cette disposition s'explique suffisamment, à notre

avis, par la considération que l'acceptation de successions échues ou de donations faites à la femme constitue de sa part un acte tout personnel dans lequel, quoiqu'autorisée de son mari, elle ne saurait être réputée avoir agi dans l'intérêt personnel de ce dernier » (Aubry et Rau, t. VI, § 510, n^te^ 4, p. 434). Ainsi, dans toute autre hypothèse, l'obligation du mari aurait sa raison d'être dans une présomption que l'affaire le concernait personnellement. Mais où trouver un texte qui formule une pareille présomption ; et pourquoi la faire céder dans telle hypothèse où l'intérêt personnel de l'épouse est manifestement en jeu, et non pas dans telle autre ?

Du reste, l'intervention du mari n'est pas désintéressée dans l'espèce : comme chef de la communauté, il acquiert la jouissance des biens composant l'actif héréditaire ; les valeurs mobilières entrant en pleine propriété dans l'actif social, il est appelé, comme associé, à en prendre une moitié, et même, éventuellement, à en recueillir le profit exclusif. Sans doute, s'il a autorisé la femme, c'est qu'il a jugé l'affaire bonne, c'est qu'il a reconnu implicitement que l'émolument de cette succession en excédait les charges. Mais s'il peut, durant la communauté, être poursuivi pour l'intégralité de ces charges, si, même après la dissolution de la société conjugale, il y reste obligé pour moitié, tandis qu'il n'en est tenu que jusqu'à concurrence de la *versio in rem*, quand l'acceptation a eu lieu avec la seule auto-

risation de la justice, c'est qu'il n'est pas tenu à raison d'un simple enrichissement, mais en vertu d'un fait qui lui est personnel : l'autorisation donnée à sa femme.

27. En somme rien ne justifie cette distinction qu'on prétend établir entre les diverses hypothèses auxquelles s'applique l'autorisation maritale. L'article 1485, consacrant une règle absolument générale, est en parfaite harmonie avec l'article 1409, 2°. En principe, et en l'absence d'un texte précis, comme l'article 1411 C. civ., comme peut-être aussi l'article 1432 C. civ., le mari, par son autorisation, oblige la communauté (art, 1419, 1409, 2°, C. civ.) : tant que celle-ci dure, il est tenu *in solidum* de la dette ; une fois la communauté dissoute et acceptée par la femme, il cesse de représenter exclusivement la société conjugale au regard des tiers, et alors, en tant qu'associé, il n'est plus tenu que de moitié de la dette, tombée au passif commun comme dette de la femme.

28. Ces idées comportent toutefois une limitation au cas où cette dernière invoquerait son bénéfice d'émolument. Dans cette hypothèse, les créanciers auraient contre le mari, du chef de leur débitrice, pour ce dont la part contributoire de celle-ci dans la dette excéderait son émolument de communauté, une action fondée sur l'article 1166. Ceci ne fait pas difficulté au cas où la dette doit rester définitivement à la charge de la société conjugale. Si elle intéresse, au contraire, exclusivement le patrimoine de la femme, celle-ci n'a pas d'action en in-

demnité contre le mari à raison de ce qu'elle aurait pu être contrainte de payer au-delà de son émolument. Il semble alors difficile de reconnaître au créancier une action directe contre le mari qui serait de ce chef obligé de payer au-delà de sa part contributoire comme associé. On rentre ici dans la règle générale (1).

29. Toute autre serait bien évidemment la situation, si, au lieu de se contenter de la simple autorisation du mari, le créancier avait exigé son engagement conjoint ou solidaire. On appliquerait l'article 1484 : le mari resterait tenu *in solidum* malgré la dissolution de la communauté. Il ne serait même pas admis comme débiteur conjoint à invoquer la division de la dette, parce que, si le créancier a demandé l'engagement des deux époux, c'est évidemment pour avoir plus de garanties. C'est ce que décidait déjà Pothier, prouvant par là même qu'on n'attribuait pas la même valeur à la simple autorisation du mari qu'à son accession personnelle au contrat.

§ III. — Effets de la libération de l'un ou l'autre époux sur le patrimoine commun.

30. Étant donnée la nature juridique attribuée par nous à cette autorisation, quels vont être les effets de la libération de l'un ou l'autre époux sur le patrimoine

(1) Guillouard, *Communauté,* t. III, n° 1381.

commun : dans l'hypothèse de l'article 1409, 2°, d'abord, mais aussi dans l'hypothèse, plus compliquée, où le mari est obligé personnellement avec la femme en qualité de débiteur conjoint ou solidaire ?

Une remise de dette a été consentie à la femme, mais le créancier en a strictement limité les effets à la personne de sa débitrice. Il faut pratiquement supposer un concordat : la femme était commerçante, elle est tombée en faillite, mais a obtenu, par un concordat, remise d'un certain dividende. Dans cette hypothèse même, il peut s'agir de dettes civiles dont le mari est tenu en vertu du principe de l'article 1409, 2°. Il y a donc lieu de se demander, dès à présent, et indépendamment de l'étude des effets de l'autorisation générale de faire le commerce (article 1426), si, en pareil cas, malgré la libération de la femme, le mari et la communauté ne resteront pas tenus. Cependant je crois qu'il vaut mieux tout d'abord raisonner dans l'hypothèse d'une remise de dette purement civile et gratuite : la remise de dette résultant d'un concordat a en effet un caractère et des effets propres ; c'est un acte à titre onéreux qui laisse subsister une certaine fraction de la dette, et, au surplus, conserve la nature, un peu vague, d'obligation naturelle.

Dans l'opinion des auteurs, qui voient dans l'art. 1409, 2°, une dérogation formelle à la règle : *qui auctor est non se obligat*, il peut y avoir doute. Le mari est tenu d'une obligation distincte de celle de la femme ; on conçoit

donc fort bien que la libération de celle-ci puisse rester sans effet à son égard. C'est la solution que je donnerai au cas de concordat. Elle s'imposera dans l'hypothèse d'une simple remise de dette civile dont le créancier aurait prétendu limiter les effets à la femme, si on fait de celle-ci une simple caution solidaire (1). Mais si l'on répudie l'idée qu'elle a agi comme mandataire du mari et si on la considère, avec la majorité des auteurs et la jurisprudence, comme une obligée principale, l'engagement du mari revêt un caractère accessoire. Ce n'est plus qu'une sorte de cautionnement. Il suit les vicissitudes de l'obligation principale et s'éteint nécessairement avec elle.

De même si l'on admet, comme M. Lacoste ou M. Laurent, que le mari n'est à aucun titre obligé, que les art. 1409, 2°, et 1419 s'expliquent par l'affectation d'une certaine masse de biens à la garantie des créanciers, on décidera que la femme, seule débitrice, étant libérée, tous les biens qui étaient affectés au paiement de ses créanciers le sont également. L'intervention du mari s'interprétait dans le sens d'une renonciation à ses droits sur les biens communs en faveur des créanciers de la femme : cette renonciation n'a plus d'objet du moment que l'obligation de celle-ci est éteinte. Ceci peut être admis sans difficulté quand il s'agit d'une remise

(1) En ce sens, Thaller, *l. cit. passim.*, M. Thaller soutient que dans l'hypothèse même où la femme gère un commerce avec l'autorisation du mari elle n'est qu'une caution solidaire de celui-ci.

civile, mais devient bien plus délicat quand on raisonne dans l'hypothèse d'un concordat.

31. Quoiqu'il en soit, il convient de faire observer, que, dans la théorie des auteurs qui considèrent le mari comme tenu d'une obligation principale et distincte, la question se pose dans des termes différents pour certaines dettes, dont on admet qu'il répond seulement en qualité d'associé. Ce sont d'abord les dettes grevant les successions mobilières échues à la femme, et dont il a autorisé l'acceptation. Ici l'on décide qu'il y a, dans une certaine mesure, dérogation à la règle de l'art. 1409, 2°. Pour nous, au contraire, qui considérons le mari comme obligé en tant qu'associé aux dettes qu'il a autorisé la femme à contracter, l'art. 1411 est une confirmation du principe général. — Ce sont ensuite les dettes de la femme, antérieures au mariage, tombées comme mobilières en communauté. Le mari est resté manifestement étranger à leur formation; on ne saurait le considérer comme en étant tenu à titre de débiteur principal.

32. Nous estimons que, pour ces deux sortes de dettes la question se posera dans les mêmes termes que pour celles qui ont été contractées durant la communauté, par la femme autorisée du mari. Elles figurent dans le passif commun au même titre : comme dettes de la femme.

La conséquence c'est qu'une remise toute personnelle, consentie à celle-ci, produira son effet libé-

ratoire même au regard du mari. Il est, en somme, dans la situation d'un garant. Ce n'est pas qu'il y ait, à proprement parler, cautionnement. Certains auteurs prennent, cependant, cette idée comme point de départ. Faut-il la généraliser? Parler d'une caution, c'est éveiller l'idée de différents bénéfices. Il est particulièrement intéressant, à cet égard, de déterminer avec précision le rôle du mari, et les textes, pour cela, ne sont pas d'un grand secours :

1° La femme s'est obligée avec l'autorisation du mari, et un tiers a cautionné la dette; le mari pourra-t-il invoquer, à l'encontre de ce tiers, le bénéfice de division?

2° Le mari, tenu comme commun de l'obligation contractée par la femme avec son autorisation, peut-il soustraire son patrimoine propre et celui de la communauté aux poursuites des créanciers de la femme, en renvoyant ceux-ci à discuter les biens propres de leur obligée, ou même ceux d'un tiers coobligé conjoint ou solidaire?

3° Enfin, la femme a pu assurer certaines garanties à ses créanciers, une hypothèque, un nantissement. Par le fait de ces créanciers, la subrogation du mari à l'hypothèque ou au privilège est devenue impossible, et, de ce chef, son recours contre la femme a peut-être été rendu illusoire. Peut-il se prétendre déchargé de la dette en invoquant l'art. 2037?

Je ne crois pas qu'à tous ces points de vue, il soit

exact de traiter le mari comme caution (1). La dépendance de l'obligation de la communauté à l'égard de la dette de la femme est plus étroite que celle qui résulte d'un cautionnement. Le droit de poursuite reconnu aux créanciers de la femme, sur les biens communs, ne comporte donc aucune de ces limitations. Ce serait ajouter aux textes que d'admettre le mari à invoquer un bénéfice de division ou de discussion. Si on le considère, en droit, comme une caution, ce sont les règles du cautionnement solidaire qui lui seront applicables, ce qui exclut l'application de l'un et l'autre bénéfice. Mais il pourra se prévaloir de l'art. 2037. Ce texte s'explique par l'idée que l'engagement de la caution, étant purement gratuit, a été déterminé par la solva-

(1) Si la question n'est pas en général posée pour le mari, elle est, au contraire, débattue pour la femme. On se demande, en effet, si la disposition de l'art. 1431 C. civ. : « La femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté, n'est réputée à l'égard de celui-ci s'être obligée que comme caution », ne peut pas être invoquée par elle à l'encontre des tiers. La même question pourrait être élevée sur l'art. 1432 C. civ. relatif au mari, bien qu'il n'emploie pas le terme de caution. La jurisprudence admet que les dispositions de ces textes se restreignent aux rapports des époux entre eux. Notamment, Paris, 16 avril 1864. S. 64. II. 289, décidant que la femme coobligée solidaire avec le mari, ne peut invoquer le bénéfice de l'art. 2037. — Cass., 4 décembre 1855. S. 57. I. 204. S'il y a des cautions obligées à la même dette, elles peuvent, en vertu de l'art. 2030, demander à la femme le remboursement de la totalité de la dette qu'elles auraient payées. — Adde. Lyon, 23 juillet 1858. D. 59. II. 615. — En ce sens, Guillouard, t. II. nos 856 et ss., p. 338 et ss. Aubry et Rau, § 510, textes et notes 31 et 32, p. 351.

bilité du débiteur et les garanties assurées au créancier, plus que par une intention libérale. Son remboursement étant compromis par le fait du créancier, il est juste qu'elle soit déchargée : le créancier ne peut s'en plaindre. Cette règle est indépendante de la nature du cautionnement. Elle est donc applicable lors même qu'il est solidaire. C'est ce qu'admet la jurisprudence.

33. Quoiqu'il en soit, plaçons-nous désormais dans l'hypothèse plus compliquée d'un concordat ; ici la solution semble devoir être différente. Les effets du concordat sont, en effet, plus limités que ceux d'une remise de dette ayant le caractère d'une libéralité personnelle. Alors qu'une pareille remise n'en aurait pas moins pour effet de libérer les cautions, le concordat ne les libère pas. C'est qu'à aucun point de vue, il ne constitue une libéralité. Bien souvent, il n'est consenti que par une faible majorité. En tout cas, les créanciers qui le votent se proposent de faire un sacrifice, souvent considérable, pour ne pas tout perdre. Il serait injuste de les priver des garanties qu'ils ont entendu se réserver au moment où ils en avaient le plus besoin (1).

Je déciderai donc que le mari et la communauté restent tenus malgré le concordat accordé à la femme. On peut objecter que la femme étant libérée d'un certain dividende, sa dette se trouve diminuée d'autant. Or, cette dette est le principe même de l'obligation de

(1) *Sic.* Lacoste, *Rev. Crit.* 1883, p. 757 et 752.

la communauté, et on ne concevrait pas que celle-ci restât tenue *in solidum*. Je dirai que le concordat n'a pas pour effet d'éteindre la dette de la femme, qui subsiste, au moins en tant que dette naturelle, mais de soustraire ses biens à l'exécution forcée du chef des créanciers qui ont pris part au concordat. On conçoit que cette obligation naturelle puisse en quelque sorte servir de soutien, de support à l'obligation de la communauté, que les biens communs aussi puissent être saisis par les créanciers concordataires, car ils ne le seront pas comme partie intégrante du patrimoine de leur débitrice, mais comme biens du mari,

34. La jurisprudence admet que le mari qui a autorisé sa femme à faire le commerce ne jouit pas, en cas de faillite de celle-ci, du bénéfice de remise stipulée dans le concordat ; il reste personnellement tenu du paiement intégral des dettes contractées par elle au cours de son négoce (1).

Pour ces dettes seulement, la question se pose dans des termes un peu différents. On peut se demander en effet, si le mari, lorsqu'il autorise sa femme à faire le commerce, ne devient pas lui-même commerçant, si, à côté et dépendamment de la communauté, ne se constitue pas une société commerciale en nom collectif, ayant un actif et un passif propres. L'obligation du mari, alors, non seulement est commerciale, mais elle a une

(1) Paris, 19 février 1845. D. 45, 4e p., p. 89. — Guillouard, t. II. nº 845, p. 329.

valeur propre, elle est distincte de celle de la femme. C'est une obligation principale. L'étude de ces divers problèmes viendra avec l'interprétation de l'art. 1426. Si j'ai abordé ici la question du concordat, c'est que, dans ce concordat peuvent être comprises des dettes purement civiles, dépendantes de l'art. 1409, 2°, et pour celles-là, il ne semble pas, bien que la difficulté ne soit pas expressément soulevée, qu'on donne une solution différente de celle admise par la jurisprudence pour les obligations commerciales. La question pourrait aussi se poser dans l'hypothèse où la femme gérait, avant le mariage, un négoce qui n'a pas été continué par la suite. Mais la faillite n'est déclarée que postérieurement ; elle est suivie d'un concordat. Les dettes commerciales de la femme étant tombées en communauté comme mobilières, quels seront, au regard du mari, dans cette hypothèse, les effets du concordat ? Ils ne diffèreront pas de ceux que nous avons admis ; nous avons en effet établi que, pour les diverses dettes tombées en communauté comme personnelles à la femme, la difficulté se posait en termes identiques.

35. Au lieu de la simple autorisation du mari on peut supposer son obligation conjointe ou solidaire. En pareille hypothèse, il n'est pas douteux que la libération de la femme reste sans effet à l'égard du mari tenu d'une obligation principale et distincte. La communauté étant obligée du chef de ce dernier, ne sera pas déchargée.

Le sera-t-elle, au contraire, si l'on suppose que la remise de dette a été consentie au mari ? Il peut être, en effet, libéré sans que la femme le soit personnellement. Il était commerçant et a été déclaré en faillite ; un concordat lui a été accordé ; le paiement des dividendes fixés par le concordat le libère. Alors se pose la question de savoir si la communauté reste tenue. Des auteurs et des arrêts le soutiennent. La Cour de Lyon l'a admis dans un arrêt remarquablement motivé du 23 juillet 1858 (D. 59, 2, 615). Il s'agissait dans l'espèce d'une obligation solidaire contractée par les époux. Le mécanisme des art. 1409, 2°, et 1419, n'était donc plus seul en jeu.

Quelque système que l'on adopte sur l'interprétation théorique de ces deux textes, n'est-il pas vrai de dire, dans tous les cas, lorsque les époux se sont obligés solidairement, que la communauté n'est tenue que du chef du mari ? Non, dit la Cour de Lyon, la disposition de l'article 1419 est applicable, *a fortiori*, au cas où la femme s'est obligée solidairement avec son mari au paiement des dettes contractées par celui-ci. Ces obligations sont exécutoires sur les biens de la communauté, du chef de la femme aussi bien que du chef du mari.

La Cour prend donc parti dans la controverse ; la femme oblige la communauté de son chef : j'entends par là que la dette tombe au passif social en tant que dette de la femme, et cette affirmation me semble très exacte. L'art. 1419 est donc applicable à notre hypothèse. C'est

un texte absolument général, et, pour qu'il faille en tenir compte, il importe peu que la dette concerne la femme seule ou, au contraire, les deux époux comme débiteurs conjoints ou solidaires.

Mais si la communauté est tenue du chef de la femme *in solidum*, puisqu'au regard des tiers, la dette n'est pas susceptible de division, la règle de l'art. 1431, ne concernant que les rapports des époux entre eux, faut-il en conclure que la libération du mari sera sans influence sur la communauté ? Oui, dit la Cour de Lyon : « Le créancier envers lequel la femme du failli s'est obligée solidairement avec le mari, peut, pour avoir paiement de la portion de la dette remise au mari, mais dont la femme demeure tenue personnellement exercer des poursuites sur la totalité de l'actif de la communauté et non pas seulement sur la portion de cet actif qui doit revenir à la femme après liquidation ».

36. Cette doctrine est vivement contestée (1). Elle a été repoussée par des décisions judiciaires récentes. « Dans un cas, dit M. Lacoste, j'admets que la communauté sera libérée avec le mari quoique la femme reste obligée, c'est en matière de concordat. Mais je ne l'admets pas pour la raison que donnent M. Laurent et la

(1) Paris, 24 janv. 1855. S. 55. II. 81. — Cass. Req. 17 janv. 1881. (M. Delise, rapporteur). D. 81. I. 145. — Paris, 20 fév. 1891. D. 91. II. 326. — Dissertat. Coin. de Lisle. *Gaz. des Tribunaux*, 15 nov. 1854.

Lacoste, l. c., p. 753 ; Laurent XXII, n° 72, p. 83 ; Aubry et Rau, t. V, § 509, note 42 et texte p. 338 ; Guillouard, t. II. n° 846, p. 329.

Cour de cassation ; il y a de cette décision un motif tout spécial. Le concordat ayant pour objet de remettre le failli à la tête de ses affaires, doit avoir, évidemment, effet libératoire pour tous les créanciers à l'égard des biens qui composent la masse frappée du dessaisissement et la communauté forme, comme on l'a fait observer, une partie, souvent la plus importante, de cette masse (Paris, 24 janv. 1855, S. 55, 2. 81). Et si l'on objecte que les créanciers de la femme n'ont eu l'intention, en votant le traité, que de libérer le mari sur ses biens personnels, je répondrai que les intentions individuelles ne sont pas considérées à ce point dans le concordat, puisqu'il lie même ceux qui ont voté non (1) ».

Je ne méconnais pas la portée de cet argument, il me semble décisif en matière de concordat. Mais si l'on suppose une remise de dette civile consentie gratuitement au mari, il ne sera plus applicable. Les tribunaux n'admettent cependant pas que la solution doive être, ici, différente. Les décisions de la jurisprudence sont motivées en effet d'une façon très large. Elles posent, pour la plupart, en principe, que l'art. 1419 s'explique par une accession du mari comme obligé personnel au contrat. La femme n'ayant qu'un droit éventuel, sans portée présente, sur les biens communs, ne peut en disposer ni directement ni indirectement. La loi attribue donc à l'autorisation du mari le caractère d'un cautionnement

(1) Lacoste, l. cit., p. 753.

qui le rend responsable sur ses propres et sur les biens communs dont il a la libre disposition vis-à-vis des créanciers de la femme (Paris, 24 janv. 1855, Cass. 18 avr. 1860, D. 60 1, 185. — Rapport de M. Delise sur Cass. 17 janv. 1881. — Paris, 20 févr. 1891. D. 91, 2, 326, *contra* jug. tribunal de Bordeaux, 21 févr. 1878).

Il s'ensuit que la règle de l'art. 1419 reste inapplicable au cas d'obligation solidaire des époux (C. de Paris, S. 55. 2. 394. — Rapport de M. Delise sur Cass. 17 janv. 1881. — C. de Paris, 20 fev. 1891. D. 91. 2. 326). L'autorisation du mari présentant, dans l'hypothèse de l'art. 1419, le caractère d'un véritable cautionnement, le mari ne peut cumuler en lui les qualités de débiteur direct et de caution (art. 1431 et 1432); on ne se cautionne pas soi-même.

La conclusion est que la communauté, au cas d'engagement conjoint ou solidaire des époux, est tenue seulement du chef du mari. C'est avec raison que la Cour de Lyon (C. Lyon, 23 juil. 1858) avait rejeté cette solution.

On prétend la fonder sur l'article 1431. Ce texte décide que la femme qui s'oblige solidairement avec le mari pour les affaires de la communauté, n'est réputée, à l'égard de celui-ci, que simple caution. Or, cette disposition ne concerne que les rapports des époux entre eux : elle tranche une question de récompense, la question de savoir à qui incombera, en définitive, le fardeau de la dette. Aussi, est-elle inopposable aux tiers ; la

jurisprudence le reconnaît elle-même, puisqu'elle décide que la femme ne peut invoquer, à leur encontre, l'art. 1431, en tant qu'elle voudrait se prévaloir de la qualité de caution du mari. Or, quand il s'agit de savoir comment la communauté a pu être obligée, l'intérêt des tiers est en jeu ; l'art. 1431 est manifestement inapplicable. Le principe de l'art. 1419 reprend donc toute sa valeur : la dette tombe en communauté comme dette personnelle de la femme (1).

37. Je n'en conclurai pas, comme la Cour de Lyon, que la libération du mari est sans effet à l'égard de la communauté. Reprenons l'argument excellent qui a été développé par M. Lacoste, et qui est, en matière de concordat, le motif topique.

N'a-t-il pas une portée bien plus générale qu'on ne semble le croire ? Les biens de la communauté figurent, dit-on, dans la masse frappée de dessaisissement : ils sont même en général la partie la plus importante de cette masse. Par conséquent, sur ces biens, les créanciers se sont payés dans la mesure du dividende dont il n'a pas été fait remise. On ne comprendrait pas qu'ils les saisissent encore du chef de la femme, ce serait leur faire payer deux fois la même dette. Le concordat accordé au mari l'est donc en même temps à la communauté.

Cet argument ne perd-il pas toute sa valeur si l'on se place au point de vue purement civil, et si l'on sup-

(1) Trib. civ. Bordeaux, 21 fév. 1878. C. de Bordeaux, 23 juin 1879. *D. 81. I. 145.*

pose une remise de dette gratuite consentie au mari. Ici l'on ne saurait dire que la communauté peut être exposée à payer deux fois. Cela va de soi. Mais si le mari peut ainsi disposer librement des biens communs pour les consacrer au commerce, si ces biens sont affectés à la garantie de ses créanciers, et compris dans la masse de sa faillite, c'est qu'en principe, il représente seul la société conjugale au regard des tiers. Sans doute la communauté est obligée du chef de la femme, mais cette obligation ne pèse que sur lui seul : ses biens comprennent, non seulement son patrimoine personnel, mais le patrimoine commun. On ne concevrait donc pas que la libération complète, absolue qui résulte pour lui de la remise de dette, ne produisît, cependant, à son égard, que des effets limités, parce que, déchargé de la dette en tant qu'obligé solidaire et sur ses biens propres, il en resterait tenu sur les biens communs (1).

N'est-elle pas contradictoire cette doctrine qui ne conteste pas à la femme le droit d'obliger directement la communauté, mais la déclare du moins impuissante à maintenir à elle seule cette obligation ? Je ne crois pas. Sans doute la femme peut obliger personnellement la société conjugale, mais elle n'y suffit pas, car elle

(1) Laurent, t. XXII, p. 83. Ce motif est également indiqué dans les diverses décisions judiciaires que nous avons rapportées. N^te 1, p. 67. Paris, 20 fév. 1891. Mais on lui attribue une portée que nous contestons. Des droits très étendus du mari sur les biens communs, on conclut à l'impossibilité pour la femme de les obliger directement. Nous essayons de résoudre au texte l'antinomie apparente entre ces idées.

n'est qu'une associée ordinaire à qui n'a pas été confiée la gérance, accordée exclusivement au mari par la loi (article 1388) : bien mieux, elle est moins qu'une associée ordinaire, puisqu'elle n'a qu'un droit de copropriété résoluble sous la condition de sa renonciation.

Il s'ensuit que, si la saisie des biens communs peut être pratiquée au nom de la femme, elle suppose au moins que le mari se soit approprié l'obligation de celle-ci. Du moment qu'il se trouve libéré, les créanciers ne peuvent plus saisir que la partie des biens communs qui doit revenir à leur débitrice. Or cette part ne peut être déterminée que par un partage, et, ce partage, ils n'ont pas qualité pour le provoquer ; leur situation est identique à celle qui est créée aux créanciers personnels des associés dans les sociétés dénuées de personnalité par l'art. 1860 C. civ. La conclusion, c'est que la libération du mari entraînera celle de la communauté, et ceci dans tous les cas, qu'il s'agisse d'une remise purement civile ou gratuite, ou de la remise très particulière résultant d'un concordat (1).

(1) En ce qui concerne les remises gratuites de dettes, on pourrait fournir un argument spécieux. La communauté, dirait-on, doit en bénéficier, parce que, en vertu de l'art. 1401, tout ce qui profite mobilièrement à l'un des époux, profite à l'autre non personnellement, mais en tant que commun. L'argument ne serait pas concluant car il résulte du même article 1401, que la donation ne peut avoir un sort contraire à la volonté du donateur. Or le donateur par hypothèse, a libéré le mari d'une manière personnelle, et la communauté reste tenue du chef de la femme.

38. Cette solution, je la donnerai aussi dans une hypothèse un peu différente de celle que nous venons d'étudier, et qui, cependant, s'y rattache par certains côtés. Il faut supposer que le mari et la femme ayant été par jugement condamnés à payer une dette, le mari seul a fait appel.

La saisie va-t-elle être suspendue à l'égard des biens communs ? Ne peut-elle pas être pratiquée du chef de la femme. Lorsque le mari fait appel, ce n'est pas, dit-on, pour le compte de la communauté, c'est pour échapper à la saisie qui menace ses biens propres.

On ne considère pas en effet que son intérêt personnel et l'intérêt collectif de la société conjugale soient indivisibles.

Il en serait sans doute ainsi si l'on admettait que l'obligation de la communauté a sa source dans une obligation personnelle incombant au mari, ou encore si l'on faisait résulter comme nous l'obligation du mari de celle de la communauté. Mais on prend pour point de départ que le droit de poursuite reconnu par l'art. 1419 aux créanciers de la femme sur les biens communs s'explique par une simple renonciation du mari à ses droits de copropriétaire, indépendamment de toute idée d'engagement personnel. S'il figure maintenant dans l'instance, c'est donc à raison de ses immeubles propres, en tant qu'ils répondent d'une obligation solidaire ou conjointe dont il est tenu (1).

(1) Lacoste, l. c. p. 753.

J'ai déjà critiqué cette théorie. A mon sens cette renonciation prétendue ne suffit pas à justifier le droit de saisie admis par l'article 1419 au profit des créanciers de la femme sur les biens propres du mari. L'art. 1409, 2°, dispose que les dettes contractées par la femme avec l'autorisation maritale tombent au passif commun. Or je ne sache pas qu'ici les règles générales du droit des sociétés soient inapplicables. En principe, au moins dans les sociétés dénuées de personnalité, la dette de la société est dette personnelle de l'associé. De cette idée les auteurs font une application très nette quand il s'agit d'expliquer le droit de poursuite reconnu aux créanciers de la communauté sur les biens propres de la femme acceptante qui se prévaut du bénéfice d'émolument (art. 1483). Sans doute, en ce qui la concerne, la règle n'est plus observée rigoureusement pendant le mariage ; elle l'est au moins à l'égard du mari dont la situation ne saurait être, à ce point de vue, exceptionnelle.

S'il peut être actionné sur ses propres, c'est donc, à n'en pas douter, parce qu'il est obligé personnellement en tant qu'associé. A ce titre, son intérêt est indivisible : s'il plaide pour son patrimoine propre, il plaide en même temps et nécessairement pour la communauté dont l'engagement est la raison d'être du droit de poursuite du créancier sur ses propres. Qu'il figure en première instance, qu'il agisse en appel, son intervention a toujours, en droit, la même valeur. La conséquence, c'est

que l'effet suspensif de l'appel arrêtera les poursuites sur les biens communs. C'est ce qu'admet du reste la jurisprudence (1).

(1) En ce sens, Paris, 18 oct. 1854. D. 56, II. 109. S. 55. 2. 85.

CHAPITRE III

EFFETS DE L'AUTORISATION MARITALE DANS LES RAPPORTS DES ÉPOUX ENTRE EUX.

§ I. — Autorisation pure et simple.

39. Le mari a autorisé sa femme à contracter, la dette est tombée en communauté au regard des créanciers. Restera-t-elle définitivement à la charge de la société conjugale ? Cela dépendra. Il faut répondre affirmativement si elle a été créée dans l'intérêt commun. Elle a pu, au contraire, profiter exclusivement à l'un des époux, et alors l'autre époux ou la communauté, s'ils ont payé le créancier, auront droit à récompense. Mais on appliquera le principe de droit commun que c'est à qui se prétend créancier de faire la preuve de son droit.

Ceci ne va pas sans controverses : le lien qui rattache la question à la théorie générale de l'art. 1409, 2°, est facile à saisir. On peut entendre ce texte dans le sens d'une simple renonciation du mari à se prévaloir de ses droits sur la communauté, ou même sur ses propres, à l'encontre des créanciers de la femme. Dans ce système, n'y a-t-il pas lieu de présumer, au moins jusqu'à preuve

contraire, que la dette a été contractée dans l'intérêt exclusif de celle-ci ?

Si l'on considère, à l'inverse, que l'obligation de la communauté a son principe dans une obligation du mari, on présumera que le patrimoine commun en a profité. C'est presque une naïveté qu'affirmer une pareille présomption pour les auteurs qui, posant en principe que, dans l'hypothèse de l'article 1432, le mari ni la communauté ne sont tenus, décident qu'il en doit être ainsi toutes fois que la dette sera contractée dans l'intérêt des propres de la femme. Ce système ôte à la disposition de l'article 1409, 2°, toute importance.

Mais la majorité des auteurs n'admet d'autres dérogations à l'article 1409, 2°, que celles qui résultent d'un texte formel (art. 1413, 1432 C. civ.). Dans cette théorie, il peut très bien se faire que la communauté soit obligée, alors que la dette n'intéressait que la femme. Partant alors de cette même idée que l'autorisation du mari fait présumer l'intérêt de la communauté, certains auteurs décident que dans les rapports des époux entre eux il y a lieu d'appliquer la même présomption (1). C'est à coup sûr exagérer la portée d'une conception très discutable en elle-même et que nous avons déjà critiquée : « La règle de l'art. 1409, 2°, dit M. Colmet de Santerre, peut s'inspirer de cette présomption que le mari était intéressé, mais ce n'est qu'une pré-

(1) Guillouard, t. II, n° 862; Troplong II, 1049; Rodière et Pont, n° 811; Aubry et Rau, V. par. 510, texte et note 30, p. 350-351.

somption dans l'intérêt des créanciers : la règle se justifie d'ailleurs suffisamment par cette considération que le tiers a eu confiance dans le mari, qu'il a compté sur son obligation, mais où voit-on que le tiers a dû considérer le mari comme principal obligé plutôt que comme une caution solidaire (1) ? »

Ainsi, dans les rapports des époux entre eux, on appliquera le principe que c'est à celui qui se prétend créancier d'une récompense, d'en faire la preuve. Cette solution ne faisait point difficulté pour nous qui expliquons l'article 1409, 2°, sans avoir recours à cette présomption que l'affaire profite exclusivement à la communauté. Alors même que la femme s'est obligée d'une façon évidente dans l'intérêt de ses propres, alors que le créancier n'a pu s'abuser sur la véritable nature de l'opération, le mari et la communauté seront tenus.

Rien ne permet donc de supposer, *a priori*, que l'un ou l'autre époux soit plus particulièrement intéressé. Au reste, l'application du droit commun en matière de preuves, ne soulève point ici de difficultés sérieuses en pratique. En général, la preuve du droit à récompense résultera de la nature même de l'opération ou des termes de l'acte. Dans les faits, il est fort rare aussi que le créancier se contente de la simple autorisation du mari ; il exigera, la plupart du temps, son obligation conjointe ou solidaire. Alors la question se présentera

(1) Colmet de Santerre, VI, nos 76 *bis*, II. 76 *bis*. V. Laurent, XXII, n° 95.

sous un aspect plus compliqué, mais il importait avant tout de bien établir les principes dans l'espèce la plus simple, et de suivre, en cette matière, notre interprétation de l'article 1409, 2°.

§ II. — Obligation solidaire ou conjointe des époux.

40. Supposons donc que le mari, ne se contentant pas d'autoriser sa femme, s'oblige conjointement ou solidairement avec elle.

Dans cet ordre d'idées, l'article 1431 dispose que : « La femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution ».

Ce texte ne fait, à notre sens, qu'appliquer le droit commun à l'hypothèse d'obligation solidaire des époux. Mais on est loin de s'entendre sur sa signification exacte. Comme il ne se réfère *in terminis* qu'à l'obligation solidaire, je raisonnerai d'abord dans le cas moins pratique d'obligation conjointe.

Le mari est ici tenu *in solidum* envers le créancier. On l'admet traditionnellement : déjà, nos anciens auteurs justifiaient cette solution exceptionnelle en disant que, si le mari avait fait intervenir sa femme au contrat, ce n'était apparemment pas pour diminuer la garantie

des créanciers. Il pourra donc être contraint de payer la totalité de la dette ; en tout cas, si le créancier divise son recours, il en paiera une moitié, la femme supportant l'autre moitié.

Mais à qui, en définitive, incombera le fardeau de la dette : au mari, à la femme, à la communauté ? Tout dépendra de savoir à qui elle a profité. Si les époux sont également intéressés, l'obligation se divisera également entre eux. Il en sera ainsi lorsqu'elle aura pour objet l'acquittement d'une dette naturelle, pesant de la même manière sur l'un et sur l'autre. C'est l'espèce prévue par l'article 1438 : « Si le père et la mère ont doté conjointement l'enfant commun sans exprimer la portion pour laquelle ils entendaient y contribuer, ils sont censés avoir doté chacun pour moitié, soit que la dot ait été fournie ou promise en effets de communauté, soit qu'elle l'ait été en biens personnels à l'un des époux. — Au second cas, l'époux dont l'immeuble, ou l'effet personnel, a été constitué en dot, a, sur les biens de l'autre, une action en indemnité pour la moitié de la dite dot, eu égard à la valeur de l'effet donné au temps de la donation ».

On peut imaginer telle hypothèse où il n'y aurait pas acquittement d'une obligation naturelle et où, cependant, le fardeau de la dette se répartirait également entre les époux, parce que leur intérêt est le même. C'est ce qu'il y aurait lieu d'admettre au cas de cau-

tionnement conjoint d'un enfant commun (1) ou même d'un tiers.

Mais nous avons admis qu'à raison de la nature de l'opération, des termes de l'acte ou de toute autre circonstance de fait, l'objet de l'obligation n'était pas douteux. Il en peut être autrement : à qui incombera le soin de prouver un droit à récompense ? En principe, avons-nous dit, à qui se prétend créancier d'une récompense, de l'établir. La simple autorisation du mari ne fait point sans doute présumer que la dette ait été contractée dans son intérêt. Mais ceci n'allait pas sans quelque hésitation. Lorsque cette autorisation se complique de l'accession personnelle du mari à l'obligation contractée par la femme, la question se pose de nouveau, cette fois plus pressante, car il semble bien que le mari, tenu *in solidum*, soit le principal obligé, que l'affaire n'intéresse la femme qu'accessoirement en qualité de caution. Si on l'a fait intervenir au contrat, n'est-ce pas pour donner une garantie de plus au créancier ? Pourquoi ce motif exact, quand on envisage les rapports d'époux à créancier, ne le serait-il plus dans les rapports des conjoints entre eux ? Il est, du reste, vraisemblable, que la femme se fût obligée solidairement, si l'affaire l'intéressait d'une façon principale et exclusive.

(1) Rennes, 22 nov. 1848. S. 52. 2. 134 ; Bordeaux, 1er mai 1850, S. 51. 2. 185. Guillouard, II, n° 860 ; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 33 p. 351 ; Colmet de Santerre, VI, n° 76 *bis*. VIII ; Laurent, XXII, n° 98.

Ces raisons ne manquent pas d'une certaine force : je crois cependant que ce sont là de simples inductions de fait qui pourront déterminer le juge, mais dont on ne peut conclure, en l'absence d'un texte formel, à un renversement des preuves. J'admettrai donc que dans les rapports des conjoints la dette se divise de plein droit : le mari qui aura payé plus que sa part aura donc *ipso facto* un recours contre la femme. A celle-ci alors d'établir, ce qui sera facile en général, que l'opération intéressait le patrimoine propre du mari ou la communauté, si elle y renonce ou si elle invoque son bénéfice d'émolument.

41. Cette solution semble plus difficilement admissible dans l'hypothèse d'obligation solidaire des époux, en présence du texte précis de l'art. 1431. A vrai dire, ce texte n'est pas *in terminis* absolument décisif, puisqu'il peut fort bien s'entendre en ce sens que la femme, pour être réputée simple caution du mari, sera tenue, avant tout, d'établir qu'elle s'est obligée pour les affaires de la communauté. Ainsi compris, il n'est qu'une application de l'article 1206 C. civ., auquel il renvoie du reste. « Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions ». Mais ce recours suppose la preuve faite que l'un des coobligés solidaires était en réalité débiteur principal, et

que les autres ne sont intervenus au contrat que comme cautions solidaires. En principe l'obligation solidaire n'est indivisible qu'au regard du créancier : elle se divise au contraire entre les coobligés par parts égales, *viritim*, de telle sorte que chacun d'eux est considéré comme caution des autres pour ce qui excède sa part (art. 1213 C. civ.). « Il ne peut cependant répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux » (art. 1214).

Voici le droit commun : la loi y déroge-t-elle en ce qui concerne les époux? Oui, dit-on, parce qu'il y a lieu de présumer l'obligation contractée dans l'intérêt exclusif du mari, la femme n'y intervenant que comme caution solidaire. C'est, à peu de chose près, le motif que l'on invoquait déjà pour justifier, au moins en fait, la règle de l'article 1409, 2°. Mais il n'est pas ici sans quelque vraisemblance.

42. Je remarque, d'abord, qu'on ne lui attribue pas une portée absolue. S'il y a présomption légale établie par l'art. 1431, au moins elle se restreint aux rapports des époux entre eux (1). Au regard des tiers on rentre

(1) Guillouard II, n° 856, p. 338 ; Aubry et Rau, t. V. par. 510 texte et note, 31, p. 351 ; Colmet de Santerre, VI, 76 *bis*, 1. — Rennes, 22 juin 1894. *Gaz. Pal.* 93. II. 493. La femme qui s'est obligée solidairement avec son mari, ne peut être réputée caution (art. 1431, C. civ.) que vis-à-vis de celui-ci, et n'est pas recevable à invoquer cette qualité à l'égard des tiers envers qui elle a contracté cette obligation. En fût-il autrement que la faculté reconnue par la loi, dans certains cas, à la caution d'agir avant d'avoir payé, qui n'a pour but que de

dans le droit commun en matière de solidarité : la femme ne peut se prévaloir de ce qu'elle est en fait une caution solidaire. Non seulement elle peut être poursuivie solidairement, mais elle doit l'être comme débitrice solidaire. Ceci semblait déjà admis par notre ancienne jurisprudence. (Brodeau sur Louët, v° femme, XVII, n° 6). Aussi, cette doctrine n'est-elle pas sérieusement contestée. Il s'ensuit que si la femme est actionnée par le créancier, elle ne pourra lui opposer les bénéfices de discussion ou de division (art. 2021 et 2026). On ne saurait élever de doutes sur ce point puisque la caution solidaire elle-même n'est pas admise à s'en prévaloir.

Mais, en règle générale, la caution solidaire est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en sa faveur (art. 2037). On admet communément que le bénéfice de ce texte ne peut être invoqué par le codébiteur solidaire (Cass. Rej., 3 avril 1861. S. 61, I, 586. Aubry et Rau, t. IV, par. 298ter, note 47). La raison de douter vient de ce que, dans notre ancienne jurisprudence, on permettait, en se fondant sur des considérations d'équité, au codébiteur solidaire, et même au simple tiers détenteur, de repousser l'action du créancier en faisant valoir qu'il

l'empêcher de subir une perte, ne saurait lui conférer le droit de produire pour le montant de son obligation, dans un ordre où figurent aussi comme produisants ses créanciers personnels.

s'était mis, au moins par un fait positif de sa part, hors d'état de céder les sûretés primitivement attachées à sa créance. Mais, dans notre droit, l'art. 2037, ayant le caractère d'une véritable déchéance, doit recevoir une interprétation restrictive. Les motifs qui l'expliquent ne militent d'ailleurs pas en faveur du codébiteur solidaire : la loi présume l'engagement de la caution, même solidaire, essentiellement désintéressé dans son principe ; cette caution n'est donc intervenue qu'à raison des sûretés concédées au créancier auxquelles elle espérait être subrogée. Du jour où, par le fait du créancier, voire même par sa simple négligence, ces sûretés viennent à manquer, il est juste qu'elle soit déchargée. Ces motifs, le codébiteur solidaire ne peut s'en prévaloir, car, aux yeux du créancier tout au moins, son obligation est intéressée. Ainsi en va-t-il de la femme coobligée solidaire avec son mari (1).

Des tiers ont pu cautionner la dette des époux ; ils auront recours contre la femme pour la totalité de ce qu'ils auront été contraints de payer (art. 2030) ; elle ne pourra leur opposer qu'elle n'est elle-même qu'une caution solidaire (2). Enfin, s'il y a d'autres coobligés solidaires à la même dette, elle n'aura pas *ipso facto* action contre eux, pour la totalité de ce qu'elle aurait été contrainte de débourser, parce qu'à leur égard en-

(1) En ce sens, Paris, 16 avr. 1864. S. 64. 2. 289.

(2) Cass. 4 déc. 1855. S. 57. I. 204 ; — Guillouard, II, n° 858. Aubry et Rau, V. 510, texte et note 32, p. 351.

core, elle est codébitrice solidaire. Elle ne pourra donc recourir contre eux qu'autant qu'elle aura payé au-delà de sa part contributoire (1).

Mais dans la détermination même de cette part contributoire, ne peut-on faire intervenir l'idée que l'obligation de la femme n'est au fond qu'un cautionnement? Nos anciens auteurs présentaient la difficulté dans l'espèce suivante : « Un mari et une femme ont emprunté, conjointement avec une tierce personne, une somme de deniers pour laquelle ils ont constitué rente : le contrat porte indistinctement que les deniers leur ont été comptés et qu'ils les ont reçus, sans dire pour qui d'entre eux l'emprunt a été fait. On se demande si, étant obligés conjointement et non pas solidairement, le mari et la femme doivent les deux tiers de la somme empruntée, et la tierce personne l'autre tiers comme étant trois personnes obligées conjointement entre lesquelles l'obligation se divise par têtes, ou si le mari et la femme ne doivent ensemble être comptés que pour une tête » (Renusson, C^té^, P. II, ch. VI, n° 20). Certains

(1) On peut faire l'hypothèse inverse. L'un des coobligés solidaires a été contraint de payer la totalité de la dette. Il pourra recourir contre la femme jusqu'à concurrence de sa part contributoire, sans qu'elle puisse lui opposer le bénéfice de l'art. 1431. — Laurent, XXII, n° 96.

On peut multiplier les applications de cette idée. C'est ainsi que la jurisprudence a décidé que le principe que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal (art. 2013), était inapplicable à la femme. Limoges, 20 fév. 1855. S. 55. 2. 314.

auteurs admettaient bien que « la femme est entrée dans l'obligation pour s'obliger pour la part du mari et qu'elle doit être considérée simplement comme caution de l'obligation que le mari a contractée, et par conséquent que le mari et la femme ne sont tenus tous deux ensemble que pour la moitié ». Mais Renusson (l. cit. n° 25) et Lebrun (C^té^, l. 2, ch. 3, sect. 1, n° 16) professaient une doctrine différente.

43. Nous ne croyons donc pas que, même à ce point de vue, l'idée que la femme a cautionné solidairement la dette du mari puisse être opposée aux tiers.

Ne va-t-elle pas au contraire devenir la règle si l'on envisage les rapports des époux entre eux ?

J'ai déjà dit que l'article 1431 n'impliquait nullement *in terminis* que la loi ait présumé la femme caution solidaire du mari. Mais il faut reconnaître que cette présomption semble trouver dans les précédents historiques, une confirmation sérieuse. Certains passages de nos anciens auteurs sont formels en ce sens : « Si, dit Renusson, les dettes ont été contractées par le mari et la femme solidairement, le mari, à l'égard de la femme, en est considéré le débiteur principal, et la femme n'est considérée que comme caution, parce que c'est le mari qui a fait obliger la femme et qui l'a autorisée, et si elle a emprunté des deniers, c'est le mari seul qui les a reçus et qui les a eus en sa disposition » (Renusson, C^té^ , II^e^ P., ch. VI, n° 63).

On peut en rapprocher cet autre passage de Lebrun :

« Le mari, étant seul maître de la communauté, qu'il peut soutenir ou ruiner à son gré, il est vrai de dire que les créanciers suivent absolument sa foi quand ils contractent avec lui et avec sa femme qui, d'ailleurs, est toujours censée intercéder quand elle s'oblige avec son mari à cause de l'autorité maritale » (Lebrun, C^té^, l. II, ch. I, sect. 4, n° 16 in-f.).

Mais, à s'en tenir à ces fragments qui sont fréquemment cités, on ne connaît pas la pensée véritable de nos anciens auteurs. En réalité, ce qu'ils présument, c'est que les deux époux sont également intéressés en l'affaire, la dette concernant le patrimoine commun : « La femme ne doit pas être considérée purement et simplement comme une caution qui s'oblige et ne profite pas des deniers empruntés... Lorsqu'elle s'oblige avec son mari et qu'ils empruntent conjointement une somme de deniers, la femme se trouve intéressée à cause de la communauté ; le mari reçoit les deniers empruntés tant pour lui que pour sa femme comme maître de la communauté » (Renusson, C^té^, II^e^ P., ch. VI, n° 25). Un peu plus loin, Renusson précise encore, s'il est possible, sa pensée, et donne à la formule : La femme n'est réputée à l'égard du mari que simple caution, un sens très différent de celui que les auteurs modernes prétendent lui attribuer. « Il est bien vrai que, lorsque la femme s'oblige conjointement avec son mari, le mari est considéré à l'égard de la femme comme principal débiteur, et la *femme n'est considérée que*

comme sa caution par la raison que la femme peut renoncer à la communauté qu'elle a avec son mari *et, renonçant, elle doit être indemnisée* par son mari de l'obligation qu'elle a contractée avec lui ».

Ainsi, quand on disait que la femme dans ses rapports avec le mari n'était que simple caution, on faisait simplement allusion au droit pour elle de se faire indemniser, comme renonçant à la communauté, de ce qu'elle avait payé au créancier. On ne doutait pas qu'elle fût intéressée à la dette, mais, les deux époux l'étant également, on en concluait que l'obligation concernait la société conjugale. Sur ce point, l'accord semble avoir été parfait entre nos anciens auteurs. C'est ainsi qu'on admettait communément que la femme, s'obligeant solidairement avec son mari, sans renoncer au Velléien, pouvait cependant être poursuivie pour la moitié de la dette parce que, pour cette moitié, *proprium gesserat negotium*. Mais seulement si elle acceptait la communauté, car, si elle y renonçait, « rien n'étant tourné à son profit au moyen de la renonciation, il est vrai de dire que son obligation n'était en effet qu'une fidéjussion et intercession pour son mari. » (Brodeau sur Louët, F. XVII n^os^ 3 et s^ts^). C'était la doctrine de Guy Coquille, de Choppin, de Bacquet et enfin de Dumoulin, sur l'article 109 de la Coutume de Paris (1).

Je ne crois pas qu'on en puisse tirer aucun argument

(1) Bacquet, *Traité des droits de justice,* ch. 21, n^os^ 70 et ss. ; Choppin, C^me^ d'Anjou. L. III. ch. 2. t. 2, n° 3 ; Guy Coquille, C^me^ du

sérieux en ce qui touche notre droit actuel. Nos anciens auteurs ne distinguaient pas ce que l'analyse juridique discerne aujourd'hui. Pour nous, dettes grevant les époux conjointement ou solidairement, dettes grevant le patrimoine commun ne se confondent point. On distingue en somme les intérêts collectifs des époux des intérêts communs qui sont des intérêts collectifs d'une nature particulière. Mais ce progrès de l'analyse juridique tient à des modifications essentielles dans la conception du régime de communauté, et à l'évolution de la théorie des récompenses, qui n'avait pas encore trouvé sa formule définitive à la fin de notre ancien droit. Les époux ont cautionné conjointement ou solidairement la dette d'un tiers. Il s'agit d'une obligation qui n'est pas contractée dans l'intérêt de la communauté, dont elle ne peut profiter. On se demande « comment cela se doit régler entre le mari et la femme pour leur intérêt entre eux ; si la femme est tenue de la dette pour moitié, à cause de la communauté, et si, renonçant à la communauté, elle a un recours contre le mari, si elle en doit être indemnisée (1) ». Certains auteurs, Bacquet notamment, ne le croyaient pas (Bacquet, *Traité des droits de justice*, Ch. II, nos 98 et sts). Mais, Renusson, exprimant l'opinion générale et la plus conforme

Nivernais, ch. 13. *Des Droits des Gens mariés*. Art. 10 in pr. — Quest. ch. 110 ; Dumoulin, sur l'art. 109, Cme de Paris ; *Tractatus usurarum*, no 29.

(1) Renusson, IIe P., ch. VI, nos 35 à 38.

aux principes traditionnels du régime, décidait que « néanmoins il est plus raisonnable de dire indistinctement que ce cautionnement ayant été fait pendant la communauté, la communauté en est tenue. Si la femme l'accepte, la femme en doit sa part ; si la femme y renonce, elle en doit être indemnisée par le mari ».

La solution, en elle-même, n'est pas en harmonie avec notre théorie moderne des récompenses. Les motifs qu'il en donne pourraient fournir aux auteurs qui font de l'autorisation maritale, sous notre régime, une intervention personnelle et directe du mari à l'acte autorisé, un argument très fort, s'ils ne prouvaient trop et s'ils n'impliquaient, sur ce point encore, une évolution des principes. « La raison est, dit-il, que le mari *caput mulieris* est maître de la communauté ; s'il contracte des obligations, s'il en fait contracter à la femme, il en est l'auteur, car la femme ne peut rien faire d'elle-même... et quoique le cautionnement ait été fait pour le parent de la femme, cela n'est pas à considérer et ne peut pas empêcher que ce ne soit une dette de la communauté ; la femme en est tenue à cause de la communauté, et, si elle y renonce, elle en doit être indemnisée, car *il est toujours véritable de dire que le mari est l'auteur de l'obligation*, il pouvait ne pas la contracter et ne pas autoriser sa femme (Cté, 2e P., ch. VI, n° 38) ».

44. En somme, il ne faut accueillir qu'avec réserve l'argument historique en ces matières. On ne peut trou-

ver dans les précédents de notre ancienne jurisprudence une explication de l'article 1431. Or, les travaux préparatoires ne nous éclairent pas non plus sur son sens véritable. Ce texte ne décide pas *in terminis* que la femme ait de plein droit, *ipso facto*, recours contre le mari par cela seul qu'elle s'est obligée conjointement ou solidairement avec lui. « Si cet article, dit M. Guillouard, déclare que la femme n'est réputée que caution et doit être indemnisée, il indique qu'il en est ainsi « lorsqu'elle s'est obligée dans l'intérêt de la communauté ou du mari », ce qui laisse indécise la question de savoir si elle n'a pas à faire la preuve que telle est la cause de son obligation (Contrat de mariage, t. II, n° 862) ».

Nous sommes donc autorisés à l'interpréter d'après les principes généraux. Le recours de la femme contre le mari, est soumis au droit commun. Or, il est de principe qu'entre codébiteurs solidaires, la dette se divise de plein droit, de sorte que chacun d'eux n'en est tenu que pour sa part et portion. Ils sont donc considérés comme cautions les uns des autres jusqu'à concurrence de leur part contributoire dans la dette (art. 1213, 1214). Dans cette mesure seulement, la femme pourra recourir de plein droit contre le mari sans avoir à faire la preuve d'un droit à récompense.

45. Les décisions de la jurisprudence et la majorité des auteurs admettent au contraire la femme à exercer de plein droit un recours solidaire contre le mari. Cette

théorie a son point de départ dans l'article 1409, 2° (1). Nous l'avons déjà critiquée par avance. La raison d'être de l'obligation du mari aux dettes de la femme qu'il autorise est une présomption légale que l'affaire le concerne personnellement. Cette présomption ne doit pas se restreindre aux rapports des époux avec les tiers ; elle est sûrement applicable dans les rapports des époux entre eux. Or, ce qui peut être admis dans l'hypothèse de simple autorisation, doit l'être, *a fortiori*, au cas où la participation du mari à l'affaire s'accuse par ce fait qu'il a parlé au contrat et s'est obligé conjointement ou solidairement.

Je crois avoir démontré que l'intervention du mari, quand il habilite sa femme à contracter, n'a d'autre objet qu'offrir au créancier le crédit de la communauté, abstraction faite de tout intérêt personnel. Elle ne laisse donc pas supposer que la femme soit désintéressée. Ainsi en est-il au cas même où elle prend le caractère plus tranché d'une accession personnelle à l'obligation.

46. Cet argument théorique écarté, il reste des considérations de fait dont la jurisprudence paraît surtout s'inspirer. On fait d'abord valoir qu'il sera beaucoup plus facile au mari, comme administrateur du patrimoine de la femme, d'établir que l'obligation solidaire concernait ce patrimoine, qu'à la femme de prouver l'intérêt du mari. Cette considération n'est pas décisive

(1) Guillouard, t. II, n° 862, p. 343 ; Aubry et Rau, V, par. 510, texte et note 30, p. 350-351. Troplong, II, n° 1049.

en elle-même. Mais elle se complique d'une observation très pratique. Si des deniers ont été versés, ils auront été en général remis aux mains du mari. Or, jusqu'à ce qu'il justifie en avoir fait emploi, il y a tout lieu de présumer qu'il s'en est servi pour son propre compte (1).

C'est là un correctif pratique de notre théorie, mais qui ne l'infirme en rien dans son principe. Si l'obligation des conjoints avait pour objet l'emprunt d'une somme d'argent, la preuve de la femme sera suffisamment faite lorsqu'elle aura établi que les deniers ont été remis aux mains du mari. Cette preuve sera du reste facile : il est à présumer que le mari, comme administrateur des biens de la femme, a touché les sommes empruntées.

Ce tempérament aux principes un peu absolus que nous avons admis au début de cette étude, revêt une portée générale. Qu'il y ait obligation conjointe ou solidaire des époux, que la femme s'oblige avec la simple autorisation du mari, la même présomption sera toujours applicable. L'étendue de la société conjugale est aussi sans importance à cet égard : il suf-

(1) Paris, 20 juillet 1833. S. 33. II. 995. Cet arrêt statue sous le régime exclusif de communauté, et pose d'une façon formelle la présomption que nous combattons. Elle s'explique fort bien tant qu'il s'agit de l'hypothèse très pratique d'un emprunt, par ce fait que le mari, sous ce régime, est seul administrateur du patrimoine de la femme. En général, les tribunaux sans poser de présomption juridique, se contentent de déclarer la preuve faite, et d'en déduire les conséquences. Leurs décisions échappent ainsi à la critique possible de la Cour de Cassation.

fit qu'il y ait une masse commune comprenant l'ensemble des biens des conjoints et dont l'administration est confiée au mari, pour que celui-ci soit tenu de justifier de l'emploi des deniers empruntés par la femme. Ceci me paraît résulter implicitement de l'article 1499 disposant que « si le mobilier échu depuis le mariage n'a pas été constaté par un inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt ». Il suffit, *a contrario*, qu'un inventaire en ait établi la consistance pour que la femme puisse en exercer la reprise en valeur, sans qu'elle ait, en plus, à prouver que les valeurs successorales ont été remises au mari.

Mais l'hypothèse d'un emprunt, si elle est très habituelle, n'est pas la seule où l'on puisse se trouver en présence d'une obligation solidaire ou conjointe des époux. On peut supposer qu'ils ont cautionné solidairement la dette d'un tiers : l'intérêt plus particulier de l'un quelconque des trois patrimoines à l'opération n'apparaît pas. Ici les considérations de fait perdent toute importance. On rentre dans la règle générale : jusqu'à preuve contraire les conjoints sont réputés également intéressés à l'affaire.

47. Quels sont les intérêts pratiques du système que nous admettons ? La divergence n'existe que quant à l'étendue du recours, que la femme pourra, de plein droit, exercer contre le mari. Il ne sera que de ce qui excède sa part contributoire dans la dette. Mais comme dans cette mesure, elle est réputée caution solidaire,

nous admettrons les conséquences suivantes consacrées par la jurisprudence :

1° Au cas de séparation de biens, la femme pourra faire comprendre, dans le montant de ses reprises, l'indemnité à raison de dettes contractées avec le mari, avant même qu'elle les ait payées. (Cass. 7 mars 1842, S. 42, 1, 640). C'est l'application de l'art. 2032, disposant que « la caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisée... 2° Lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture. »

2° Par application de la même idée, au cas de faillite ou de déconfiture du mari, elle pourra obtenir sa collocation immédiate dans l'ordre ouvert sur le prix des immeubles du mari, au rang de son hypothèque légale, pour le montant des dettes contractées avec lui, même si elles n'ont donné lieu à aucune poursuite (Cassat. 22 août 1876, S. 77, I, 54).

3° Enfin, la femme pourra subroger un tiers à son hypothèque légale jusqu'à concurrence de ce qui excède sa part contributoire dans la dette.

48. L'article 1431 ne contenant, à notre sens, qu'une application du droit commun en matière de solidarité passive (art. 1216), ne constitue pas une disposition spéciale au régime de communauté. C'est ce qu'il est difficile d'admettre si l'on y voit, avec la jurisprudence, une présomption exorbitante du droit commun, présomption que la dette n'intéresse point la femme per-

sonnellement. On se fonde, pour justifier cette théorie, sur les pouvoirs très étendus que la loi confère au mari comme chef de l'association conjugale. C'est lui qui, en fait, touchera les sommes qui ont pu être empruntées par les époux. Il en sera ainsi sous le régime exclusif de communauté qui est une forme atténuée du régime de communauté. La présomption de l'article 1499 sera donc applicable. C'est ce qu'admet la jurisprudence. Sous les régimes dotal ou de séparation de biens, la femme conservant une indépendance plus grande quant à la gestion de son patrimoine propre, je ne crois pas que cette présomption s'impose au même titre. Cependant, les tribunaux décident que l'article 1431 établit une présomption générale, qui reste applicable, quelles que soient les conventions matrimoniales adoptées par les époux (1). Le principe consacré par ce texte dérive de l'essence même du mariage et doit protéger la femme toutes fois qu'elle s'engage avec son mari, en raison même des entraînements qu'elle est susceptible de subir et qu'elle est censée avoir subis (2). C'est ainsi que la loi accorde à toute femme mariée une hypothèque légale, sans se préoccuper du régime qui règle les

(1) Sous le régime exclusif de communauté. Paris, 20 juillet 1833, précité. — Dans le sens de l'application de l'article 1431, sous le régime dotal, Alger, 27 juin 1892. S. 93. II. 241. Cass. 9 août 1852. S 53. I. 197. — *Contrà*, Grenoble, 3 août 1853, S. 54. 2. 449. — *Sous le rég. de séparation de biens.* Troplong, II. 1049.

(2) Aron, *Théorie générale des présomptions légales* (Paris, 1895), nos 150-156.

intérêts civils des époux. (Alger, 27 juin 1892, déjà cité).

Je crois que, dans ces termes, la théorie de la jurisprudence est inadmissible. S'il y a exception au droit commun, elle ne résulte que de textes spéciaux au régime de communauté. Sous le régime dotal, en particulier, la présomption qu'on prétend faire résulter de l'article 1431 est la contre-partie de la présomption Mucienne. Si l'on présume que les valeurs acquises par la femme pendant le mariage l'ont été des deniers du mari, il est rationnel d'admettre que le mari, s'obligeant solidairement avec elle, a seul retiré le bénéfice de l'opération. Mais les auteurs et la jurisprudence reconnaissent, en général, que la présomption Mucienne n'est pas applicable dans notre droit (1).

(1) Guillouard, IV. 2171. Aubry et Rau, V, par 541, texte et note 1, p. 638 ; par 531 texte et note, 3, p. 511-512. — Pau, 10 déc. 1832. S. 33. II. 240.

CHAPITRE IV

PORTÉE D'APPLICATION PRATIQUE DU PRINCIPE.

49. Quelle est la portée d'application pratique de l'art. 1409, 2°? Jusqu'ici nous avons raisonné dans l'hypothèse de la communauté légale; mais on serait en présence d'une communauté conventionnelle que les difficultés seraient les mêmes; la nature juridique de l'autorisation maritale ne serait pas non plus différente. Sans doute les parties, par une clause formelle de leur contrat, peuvent écarter l'application de notre principe, comme de toute autre règle du régime de communauté. Il peut être convenu que les dettes contractées par la femme, avec le consentement du mari, ne tomberont pas au passif commun, que le mari n'en devra par conséquent point répondre. Ceci n'est pas douteux.

Mais rechercher la portée pratique de l'art. 1409, 2°, c'est se demander d'abord, si le texte ne comporte pas d'exception sous le régime même de communauté légale considéré comme type. C'est se demander également ce qu'il faut entendre par le consentement du mari dont il parle. Nous avons, jusqu'ici, prévu exclu-

sivement, pour plus de simplicité, le cas où il y a eu autorisation régulière, mais, à défaut d'autorisation, et dans l'hypothèse où il ne peut en être question, la dette de la femme ne tombe-t-elle pas en communauté si le mari l'a consentie ?

SECTION PREMIÈRE

EXCEPTIONS A LA RÈGLE DE L'ART. 1409, 2°.

50. La règle de l'article 1419 comporte-t-elle des exceptions dans un sens restrictif? Certaines dettes contractées par la femme autorisée du mari sont-elles exclues de la communauté en vertu de dispositions formelles de la loi? C'est un premier ordre d'idées; il en est un second moins étudié et plus intéressant peut-être au point de vue de l'interprétation théorique de l'art. 1409, 2°. Quels seront les effets d'une clause par laquelle le mari prétendrait s'exonérer, en tant que commun, des conséquences qui résultent pour lui de son autorisation? Une telle clause ne serait-elle pas nulle comme dérogeant aux conventions matrimoniales? La règle de l'art. 1409, 2°, est-elle placée par la loi au-dessus des volontés individuelles des époux?

§ I. — Dispositions légales dérogeant à l'art. 1409, 2°.

1° Exceptions formelles.

51. Une première exception à peu près incontestée (1), est contenue dans l'art. 1413. Les créanciers de la succession immobilière acceptée par la femme autorisée du mari peuvent, sans doute, poursuivre leur paiement sur la pleine propriété des biens personnels de celle-ci, mais le principe (art. 1412) est que les dettes de ces successions ne sont pas à la charge de la communauté (2).

Quelque interprétation théorique de l'art. 1409, 2°, que l'on admette, la dérogation à la règle générale est évidente ; la difficulté est d'en préciser le motif. On dit en général que la succession immobilière ne profite qu'à la femme. La communauté est donc désintéressée de son acceptation ou n'y est intéressée que pour l'usufruit. Il serait injuste qu'elle fût obligée (3). Cette raison ne me paraît pas décisive à elle seule.

(1) V. Cependant Toullier, t. XII, p. 282.

(2) La disposition de l'article 1413 est applicable aux dettes des donations immobilières échues pendant le mariage à l'un ou à l'autre époux. L'article 1418 dispose en effet que les règles établies par les articles 1411 et suivants, régissent les dettes dépendantes d'une donation comme celles dépendantes d'une succession. Pour plus de simplicité, je négligerai ce cas, et je raisonnerai toujours dans l'hypothèse d'une succession échue à la femme.

(3) Colmet de Santerre, t. VI, n° 55 *bis*. Aubry et Rau, V, § 509, note 44, p. 338.

L'obligation de la communauté aux dettes contractées par la femme autorisée du mari ne s'explique pas seulement par l'idée d'un profit plus ou moins indirect qu'elle peut retirer de l'opération. Dans bien des cas, l'art. 1419 sera applicable, alors que la nature même de l'acte écarte tout soupçon d'un avantage quelconque au profit du mari ou de la communauté. Ainsi, dans l'hypothèse de vente d'un immeuble propre de la femme, j'admets, contrairement à l'opinion généralement professée sur l'art. 1432, que la communauté sera obligée à garantie, indépendamment de toute déclaration formelle du mari à cet égard.

On donne de l'art. 1413 une autre explication plus spéciale : les créanciers, dit-on, n'ont pas été partie à l'acte d'acceptation. Ils ne peuvent se plaindre s'ils n'ont pas la communauté pour obligée. Ce motif, également, n'est pas à lui seul décisif. Les créanciers peuvent avoir la communauté pour obligée, alors que pourtant ils n'ont pu compter sur cette garantie : c'est le cas des créanciers de la femme antérieurs au mariage,

(1) Il est une autre exception admise en cette matière par les auteurs qui expliquent l'article 1409, 2°, par une obligation personnelle et distincte que contracterait le mari, en se portant en quelque sorte garant de la femme vis-à-vis du créancier. Ces auteurs, se fondant sur l'autorité de Pothier (n° 730, Cté), reconnaissent que le mari est tenu simplement comme associé des dettes des successions mobilières échues à la femme ; il n'est donc grevé que de la moitié de ces dettes une fois la communauté dissoute et acceptée par la femme. Pour nous c'est l'application pure et simple du droit commun.

dont les créances figurent comme mobilières au passif social.

52. La vérité c'est que la loi, dans l'organisation du régime de communauté légale, s'est proposée un double objet : assurer tout d'abord la prospérité du ménage et le crédit de chacun des époux, maintenir en même temps un certain équilibre, une certaine harmonie entre leurs patrimoines respectifs. Or cet équilibre eût été rompu si, l'actif des successions immobilières étant exclu de la société conjugale, le passif de ces mêmes successions y était tombé sans compensation. L'intérêt des époux n'exigeait point du reste l'engagement de la communauté. Les créanciers héréditaires ne pouvant se soustraire aux conséquences de l'acceptation, les époux n'ont pas intérêt à leur offrir le crédit social dont ils disposent.

Il convient seulement de faire remarquer que la loi crée à cet égard une situation identique à l'un et à l'autre des conjoints. Lorsqu'une succession immobilière échoit à l'un d'eux, les dettes lui en restent propres sans qu'il y ait à distinguer entre le mari et la femme au point de vue de l'application des principes. Sans doute, en fait, la situation des créanciers du mari sera plus avantageuse, car ils pourront se payer sur l'actif commun (art. 1412, 2e al.), mais il s'agit là d'un droit de pour-

(1) *Contrà*, Demolombe IV. 310; Aubry et Rau, § 509, texte et note 44, p. 338-339 ; Guillouard, t. II, nº 852, p. 334 ; Rouen, 27 mai 1854. S. 55. 2. 17. *Conclusions de l'avocat général.*

suite purement objective qui n'implique pas que la société conjugale soit grevée de la dette. Ceci est digne de remarque, car, en thèse générale, le mari, lorsqu'il contracte à son profit exclusif, pour ses affaires personnelles, oblige la communauté. Les textes font ici, pour lui-même, exception au principe absolu de l'article 1409, 1°.

53. Rien ne permet donc de raisonner par analogie des motifs de la loi dans telle autre hypothèse qui donne lieu à controverse.

Ces idées, je les appliquerai dans l'interprétation d'un texte qu'on considère en général comme exorbitant du droit commun, l'article 1432. Il dispose que « le mari qui garantit solidairement ou autrement la vente que la femme a faite d'un immeuble propre, a pareillement un recours contre elle, soit sur sa part dans la communauté, soit sur ses biens personnels, s'il est inquiété. » On en conclut, qu'en l'absence d'une clause formelle de garantie, le mari ne s'oblige point, lorsqu'il autorise sa femme, à aliéner un immeuble propre. Mais en argumentant ainsi *a contrario* de ce texte, on l'isole de l'article 1431, et l'on perd de vue qu'il n'en est que le pendant, le complément logique. Ce rapport intime tient à ce qu'ils ont même objet, régler une question de récompense : « Le *mari a pareillement un recours contre elle*... s'il est inquiété », dit l'article 1432, faisant allusion au recours admis par l'article 1431 au profit de la femme. Le but de l'un ou de l'autre texte n'est donc pas de dire

dans quelles hypothèses le mari ou la communauté seront tenus. C'est en forcer le sens qu'en tirer un argument *a contrario* (1).

2° Exceptions implicites.

54. Aussi, les auteurs qui défendent ce système prennent-ils en général pour point de départ l'idée que l'art. 1409, 2°, s'explique, parce que le mari autorisant sa femme, est censé le faire dans son intérêt personnel. Mais cette présomption que la communauté aurait, en définitive, le profit de l'opération, est, dans la plupart des cas, contraire à la réalité des faits et à la vraisemblance.

C'est une considération secondaire à laquelle on veut assigner un rôle prépondérant. Aussi est-on fort embarrassé quand se pose la question de savoir s'il ne faudra pas faire céder cette présomption en l'absence d'un texte formel, et malgré le principe général de l'article 1409, 2°, toutes fois qu'elle se trouvera contraire aux faits et que le créancier n'aura pu s'abuser sur le véritable caractère de l'opération. On l'a soutenu, et des décisions judiciaires l'ont parfois admis (2).

Pratiquement, la question s'est posée dans l'hypo-

(1) Colmet de Santerre, t. V. I. n° 41 *bis*, XXIII ; Laurent, t. XXII, n° 75.

(2) Troplong, *Contr. de Mariage*, II, § 846, 1229, 1231 ; Duranton, XIV, n° 248. Bordeaux, 23 juin 1879, critiqué par M. Delise dans ses conclusions sur Cass., 7 janv. 1881.

thèse où la femme, autorisée du mari, avait doté l'enfant commun. Le mari et la communauté étaient-ils tenus du paiement de la dot? « Non, dit Troplong (Contrat de mariage, n° 846), le mari qui se borne à autoriser sa femme à doter un enfant commun, mais qui la laisse doter seul et ne s'associe pas à la libéralité n'est nullement tenu de l'acte de donation, car cette libéralité n'intéresse pas la communauté, elle n'est que l'accomplissement, par la femme, d'un devoir naturel ou personnel... En général, quand la communauté ne retire qu'un intérêt très restreint de l'acte autorisé ou même quand elle n'en retire aucun, la loi a dû veiller à ce qu'on resserrât et même à ce qu'on abolît tout à fait, dans ces cas particuliers, le principe posé dans l'art. 1409 : mais il n'en est pas moins vrai que l'art. 1419 exprime le droit commun » (1).

A ceci l'on répond que la communauté n'est nullement désintéressée puisque l'art. 1409, 5°, fait peser sur elle les charges du mariage, et parmi celles-ci figure certainement l'obligation de doter les enfants communs. D'ailleurs, les art. 1409, 2°, et 1419 sont des plus généraux : ils ne peuvent comporter d'autres exceptions que celles expressément formulées par des textes : en général on considère les art. 1413 et 1432 comme établissant deux exceptions de ce genre.

(1) Adde, Delvincourt, t. III, p. 258 ; Demante, Thémis, VIII, p. 166. Battur, *de la Communauté*, t. I. n° 332 ; Bellot, *Contrat de Mariage*. I. 279.

55. Mais n'est-il pas possible d'étendre à notre hypothèse la disposition de l'art. 1432 ? Que l'on suppose la communauté complètement désintéressée : il s'agit de la donation d'un immeuble déterminé faite pour l'établissement d'un enfant d'un premier lit. L'opération concerne donc exclusivement le patrimoine personnel de la femme. La communauté sera-t-elle tenue ici de l'obligation de garantie ? devra-t-elle indemniser le donataire pour le cas où il serait évincé ? Non, puisque, s'il s'agissait de la vente d'un immeuble propre, cette obligation ne lui incomberait pas ; et ceci s'impose *a fortiori* car il ne peut être question dans l'espèce d'un prix de vente versé dans la masse commune. Cette solution est, en elle-même, fort rationnelle, en partant de cette interprétation de l'art. 1432 que nous n'avons pas admise.

On va plus loin : au lieu d'une donation de corps certain, on peut supposer la promesse d'une somme d'argent. Sans doute, il ne peut être ici question d'obligation de garantie ; mais, au fond, la garantie n'est pas autre chose que l'obligation de procurer au donataire la valeur promise pour le cas où il viendrait à en être privé, au cas même où il ne l'aurait pas reçu. Dire que la communauté est obligée dans cette hypothèse, c'est, en définitive, reconnaître qu'elle est tenue de garantie (Thaller, *Rev. crit.*, 1882, p. 606, n° 2).

L'argument est spécieux : il est très défendable. Sans doute, donation d'un immeuble déterminé, donation sous

forme d'un engagement personnel, ce n'est pas la même chose dans la rigueur du droit. Mais à prendre les choses de haut, la dérogation aux principes reconnue généralement dans l'art. 1432 ouvre la porte à toutes les autres.

M. Thaller corrobore sa théorie d'un argument tiré des art. 1438 et 1439 C. civ. Ces textes ont trait à l'hypothèse où les époux communs en biens ont doté conjointement un enfant commun : « *Ils sont censés avoir doté chacun pour moitié*, soit que la dot ait été fournie ou promise en effets de communauté, soit qu'elle l'ait été en biens personnels à l'un des époux ». L'art. 1439 pose au contraire en principe que la dot constituée par le mari seul, à l'enfant commun, en effets de la communauté, est à la charge de celle-ci. On en conclut que le paiement de la dot promise par les époux conjointement ou solidairement à l'enfant commun, constituant pour eux l'acquittement d'une obligation personnelle, la communauté n'en est pas tenue. Je ne vois dans ces textes rien qui ne soit en parfaite harmonie avec nos idées. Leur objet est, comme pour les art. 1431, 1432, de régler une question de récompense, de déterminer en définitive à qui incombera la charge de la dot. Sera-ce au patrimoine commun, sera-ce au patrimoine propre de l'un ou de l'autre époux ? Question d'intention très délicate à résoudre. On se basera sur ce que les époux se sont obligés conjointement : c'est que chacun a agi pour son propre compte. Mais, la communauté était-elle

tenue au paiement de la dot? Si le texte ne le dit pas expressément, il le laisse au moins entendre : la dot a pu être fournie en effets de communauté, alors qu'il n'avait rien été spécifié à cet égard.

56. Quelque interprétation de l'art. 1432 que l'on adopte, il faut donc poser en principe que le fait que la communauté n'a point profité, ne doit pas être pris en considération.

Ceci résulte d'abord de l'art. 1419. Ce texte suppose que la communauté peut être créancière d'une récompense; il implique en conséquence que la femme, stipulant dans son intérêt propre, engage cependant les biens communs. Ensuite, de l'opposition tranchée qu'on a toujours établie entre les dettes contractées par la femme avec autorisation de justice, et les dettes que le mari a approuvées, soit expressément en autorisant sa femme à les contracter, soit tacitement en permettant que la femme fasse le commerce pour raison duquel elle les a contractées (1). La différence tient précisément à ce que des unes la communauté n'est jamais tenue que dans la mesure de son enrichissement, au lieu que des autres elle est toujours tenue, alors même qu'elle n'a pas retiré de profit (art. 1419-1426 Cbn.). C'est cette distinction traditionnelle qu'on ferait disparaître en restreignant arbitrairement le cas d'application de l'art. 1419 (2).

(1) Pothier, introduction au t. 10, Cme d'Orléans, n° 28.

(2) Rouen, 27 mai 1854. S. 55. II. 17.

La communauté sera donc obligée, selon nous, toutes les fois que la femme autorisée du mari aura traité avec un tiers dans son intérêt personnel. Il en sera ainsi lorsqu'elle aura doté, non plus un enfant commun, mais un enfant d'un premier lit ; lorsqu'elle se sera obligée envers un architecte ou un entrepreneur pour des réparations à des bâtiments qui lui appartiennent en propre ; lorsqu'elle aura cautionné, *donandi causa*, la dette d'un tiers.

Les mêmes règles seront également applicables aux charges grevant les donations ou successions mobilières échues à la femme et acceptées du consentement du mari. Ces charges, ne constituant pas, à proprement parler, des dettes des successions ou donations (art. 1413), tomberont au passif commun (1). Pratiquement, la question s'est présentée au sujet des frais de partage dûs à un notaire, et elle a été résolue en ce sens par la Cour de cassation.

L'argument topique était le suivant : ce que la loi entend par dettes des successions ou des donations, ce sont les dettes qui ont pris naissance en la personne du *de cujus* ou du donateur ; les frais de partage n'ont nullement ce caractère ; s'ils sont nés à l'occasion de la succession, ils ont pris naissance directement en la personne des héritiers. S'agit-il d'une donation, ils constituent une dette personnelle des donataires puisque

(1) Laurent, t. XXII, n° 78. Guillouard, t. II, p. 337. Cass. 24 janvier 1853. S. 53. I. 29.

l'art. 31 de la loi du 22 frimaire an VII met les droits des actes emportant translation de propriété à la charge des nouveaux possesseurs, en l'absence de stipulation contraire. L'autorisation du mari reprend donc ici son caractère et ses effets habituels ; nous ne sommes plus dans les termes des art. 1413 et 1418 C. civ.

58. Ce qui est admis pour les contrats doit l'être également pour les quasi-contrats (1). Toutes fois que le mari autorise la femme à s'obliger en vertu d'un quasi-contrat, la communauté sera tenue. La question, plus théorique que pratique, très généralement discutée par les auteurs, est celle de savoir dans quelle mesure le mari sera lié par l'autorisation d'ester en justice donnée à celle-ci. On admet en général que si l'obligation aux dépens, conséquence directe du procès engagé, tombe en communauté, en revanche le principal de la dette au paiement duquel la femme a pu être condamnée n'y

(1) Cependant il y a doute à raison du caractère essentiellement personnel de ces obligations quasi contractuelles. La femme est désignée comme exécutrice testamentaire. Elle accepte avec l'autorisation du mari. La situation est à peu près la même que si elle acceptait un mandat, art. 1029, 1990 C. civ. Ce dernier texte renvoie aux règles du contrat de mariage, au moins pour le cas où la femme aurait accepté le mandat sans autorisation du mari. C'est donc le droit commun qui est applicable, et je ne vois rien qui permette d'induire de ce renvoi que la loi n'a voulu conférer qu'un droit de poursuite sur la pleine propriété des biens de la femme. Sans doute, dans l'une et l'autre hypothèse, c'est la personne de l'épouse que le mandant, le testateur ont eu en vue. Ils n'ont pas placé leur confiance dans la communauté. Je n'en appliquerai pas moins le droit commun.

tombera pas si, d'autre part, il en est exclu (Aubry et Rau, t. V, § 509, p. 339). Et ceci est rationnel, étant donné que le jugement ne fait que constater des droits préexistants, et ne fait naître immédiatement à la charge de la défenderesse que l'obligation de payer les dépens ou les dommages et intérêts pouvant résulter du préjudice causé à la partie adverse par l'introduction de l'instance. De même, la communauté sera tenue des conséquences d'une gestion d'affaires entreprise par la femme ou d'une exécution testamentaire qu'elle aurait acceptée du consentement du mari.

§ 2. — Exceptions conventionnelles à l'art. 1049, 2°.

59. Ne peut-on cependant présumer, dans certains cas, à raison de la nature même de l'opération, que le créancier a entendu renoncer aux droits que la loi lui confère sur les biens communs ou sur le patrimoine personnel du mari ? Ceci nous amène à rechercher si le mari ne peut, par une clause formelle, se décharger des conséquences qui résultent pour lui du fait de son autorisation sous le régime de communauté.

C'est une question assez peu étudiée que celle des effets et de la validité d'une pareille clause. Elle est fort intéressante en ce qu'elle appelle l'attention sur la nature véritable du principe de l'art. 1409, 2°, et les motifs qui l'ont inspiré.

Pour ma part, je crois que cette clause doit être nulle comme contraire au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. Il ne dépend pas de la volonté des époux que telles ou telles dettes tombent au passif commun. Le contrat de mariage exprès, ou tacite si les époux sont mariés sous le régime légal, a déterminé irrévocablement la composition active et passive de la communauté. De même qu'il ne dépend point de la volonté des époux d'exclure de la communauté légale l'actif des donations ou successions mobilières qui leur sont échues, il ne dépend pas non plus de leur volonté d'en exclure certaines dettes, celles que la femme a contractées avec l'autorisation du mari par exemple.

Mais, dira-t-on, le mari n'était-il pas libre de refuser son autorisation, et alors, la femme ayant été autorisée de justice, la dette ne fût pas tombée en communauté.

Pourquoi le mari, libre d'accorder ou de refuser son autorisation, ne pourrait-il pas la subordonner à telles conditions qu'il lui plaît? Qui peut le plus peut le moins. Cet argument serait fort juste si le mari n'était lié d'avance par les conventions matrimoniales : il a attribué certains effets à son autorisation, et, bien qu'il reste maître de ne pas l'accorder, il ne dépend plus de lui que ces effets se produisent ou ne se produisent pas.

Je suppose qu'il n'est d'autre intérêt en jeu que celui du créancier : s'il consent à cette restriction des effets de l'autorisation maritale, s'il n'accepte pas la communauté comme obligée, qu'importe ! n'en a-t-il pas le

droit ? Il n'est sans doute pas lié par les conventions matrimoniales ; c'est un tiers auquel l'article 1395 n'est pas opposable. Il pourra donc, s'il lui plaît, restreindre en fait ses poursuites au seul patrimoine de la femme et ne pas inquiéter la communauté et le mari ; il pourra même s'interdire obligatoirement d'agir contre la communauté. La validité d'une clause acceptée formellement par le créancier, et exonérant le mari des conséquences de son autorisation au point de vue du droit de poursuite est incontestable. Elle est admise, au moins implicitement, par la jurisprudence en matière civile (1).

Mais il est certain qu'une pareille clause restera sans effets dans les rapports des époux entre eux. Cela peut être d'une grande importance lorsqu'il s'agira de déterminer à qui incombera en définitive le fardeau de la dette et l'obligation de prouver un enrichissement personnel de l'un des conjoints créant droit à récompense.

Du reste, même au regard des tiers, les époux sont en principe liés par la règle d'immutabilité des conventions matrimoniales. Il faudrait donc considérer comme inefficace la simple déclaration unilatérale de volonté du mari, limitant pour lui les conséquences de son autorisation. C'est alors une question de fait très délicate que décider, si, dans le silence de la convention, on doit considérer comme acceptées par le créancier les restrictions auxquelles le mari a subordonné son autorisa-

(1) Rouen, 27 mai 1854, déjà cité, et le jugement du tribunal de 1re instance. S. 55. II. 17.

tion. On admet que les réserves de ce genre ne peuvent se présumer ; doit-on les considérer comme acceptées *ipso facto* par les tiers, du moment où elles ont été expressément formulées ?

60. La question ne s'est guère présentée en pratique qu'au sujet de l'autorisation générale de faire le commerce. Les tribunaux font une distinction très conforme à la théorie que nous défendons. On sait que l'autorisation de faire le commerce présente ceci de particulier qu'elle est générale. Bien mieux, elle peut être tacite et résulter simplement de ce que le mari laisse sa femme gérer un négoce au vu et au su de tous sans y former opposition. Ce sont là autant de règles qui se tiennent et sont évidemment dictées par des considérations d'utilité pratique. Comment exiger que le mari autorise individuellement chacun des actes de commerce accomplis par la femme ? L'autorisation étant générale, bien qu'expresse, peut fort bien ne pas être portée à la connaissance des tiers. Si la femme qui exerce le commerce au vu et au su du mari pouvait exciper d'un défaut d'autorisation, les tiers qui ont traité de bonne foi avec elle seraient trompés. Une autorisation tacite suffira donc dans tous les cas.

Lorsque l'autorisation de faire le commerce est ainsi tacite, on ne conçoit pas de restrictions apportées à ses effets. Elle peut être expresse, et l'on comprend alors que le mari, dans l'acte par lequel il autorise la femme, déclare qu'il n'entend pas être obligé par les opérations

commerciales qu'elle accomplit. Quelle sera la valeur d'une pareille clause ? La jurisprudence admet qu'elle n'est pas opposable aux tiers qui ont pu l'ignorer. Alors même qu'ils l'auraient connue en fait, qu'ils auraient traité en connaissance de cause, elle est sans valeur à leur égard. Les tiers, décide la Cour de Paris, ne peuvent être privés du bénéfice de l'art. 5 C. com., que s'ils y ont formellement renoncé. Je crois cette jurisprudence très fondée (1).

Si la clause exonérant le mari des conséquences de son autorisation était intervenue à l'occasion d'un acte particulier du commerce de la femme, les tribunaux admettent, en revanche, qu'elle serait opposable au créancier. Cette solution peut être fondée en fait. Je ne crois pas cependant qu'il faille lui donner une forme trop générale et conclure, dans tous les cas, du simple silence du créancier, à sa volonté de renoncer à la garantie de l'obligation personnelle du mari. Il faudra rechercher si, en fait, ce silence implique une pareille renonciation.

On peut insister encore et se demander si, en matière commerciale, il ne s'élèvera pas d'autre difficulté que celle relative à la forme de l'autorisation. Le consente-

(2) Agen, 9 janvier 1856. D. 56. V. 73. Les tiers qui ont traité avec la femme ayant fort bien pu ne pas connaître les restrictions insérées par le mari dans l'acte d'autorisation ne sont pas tenus de les respecter. Paris, 19 janv. 1869. D. 69. II. 247. Alors qu'ils auraient connu en fait la volonté exprimée par le mari, on ne présume pas qu'ils y aient adhéré en renonçant au bénéfice de l'art. 5 C. com.

ment du mari n'a-t-il pas ici un caractère et des effets propres, dont la jurisprudence ne tient pas un compte suffisant ? On peut considérer le mari qui, sous le régime de la communauté légale, autorise sa femme à gérer un négoce, comme commerçant lui-même : dans cette conception, n'est-il pas étrange de le voir s'exonérer des conséquences de son autorisation ? Il y a là, semble-t-il, une situation de fait à laquelle les volontés individuelles ne sauraient rien changer : le mari recueille les bénéfices du commerce ; en réalité, lorsque la femme gère ainsi celles des valeurs communes qui lui ont été confiées, et sont affectées au négoce, elle agit pour le compte de la communauté. Ce résultat, personne ne peut empêcher qu'il se produise. Je n'admets point cette théorie, et ne crois pas que la solution doive être ici différente. Le créancier, maître absolu de limiter son action à certains biens de son débiteur, libre de renoncer à quelques-unes des garanties qu'offre pour lui l'art. 2092 C. civ., peut s'obliger à restreindre ses poursuites aux biens propres de la femme ou à celles des valeurs communes qui constituent l'actif commercial. Mais cette restriction apparaît ici comme particulièrement exceptionnelle, exorbitante de droit commun, et l'on conçoit très bien qu'elle ne puisse résulter d'une déclaration générale du mari insérée dans un acte d'autorisation, alors même qu'il aurait reçu une certaine publicité.

61. On s'est demandé s'il n'y avait pas lieu d'admet-

tre une autre exception à la règle de l'article 1409, 2°, tenant à la forme dans laquelle doit se produire l'autorisation pour être valable. On sait que notre loi, sans être aussi formaliste que notre ancien droit, qui exigeait que l'autorisation fût faite en termes solennels, ne se contente cependant pas d'une autorisation verbale. Une pareille autorisation serait insuffisante à habiliter la femme (1). Mais, comme son incapacité est relative, l'obligation qu'elle a contractée est valable en principe et au regard du créancier qui ne peut la critiquer. Comme, d'autre part, le consentement du mari n'a pas fait défaut, qu'il est seulement imparfait en la forme, c'est une question de savoir si la dette n'en tombe pas moins en communauté ou s'il n'y a pas encore, ici, une exception à la règle de l'art. 1409, 2°. Je ne crois pas que la question se soit présentée en pratique : je serais disposé à admettre l'application pure et simple des

(1) C'est au moins ce qu'on peut induire du texte de l'art. 217. La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari dans l'acte. Par conséquent, il ne saurait être suppléé au défaut d'autorisation écrite par des équivalents tirés des circonstances qui ont précédé ou suivi l'autorisation de la femme. Cass. 20 juin 1881. S. 82. 1. 301. Il faut toutefois admettre un tempérament. L'article 217 ne vise évidemment que les actes juridiques pour lesquels il est habituel de rédiger un écrit ; il est donc étranger aux conventions qui, d'après un usage constant, sont conclues verbalement, entre autres à celles qui font partie de la vie domestique, comme l'engagement d'un serviteur ou la mise en garde d'un enfant. (V. note de M. Planiol. D. 92. 1. 6).

principes généraux. Le mari a consenti l'obligation, les textes n'en exigent pas plus. D'ailleurs l'action en nullité relative est susceptible de s'éteindre pour des causes diverses ; à supposer qu'elle ait pris fin, la dette sera inattaquable ; on ne voit pas pourquoi elle ne figurerait point au passif commun.

Si notre théorie est fondée sur ce point, il y aurait là, certainement, une hypothèse où l'action en nullité des actes consentis par la femme mariée non autorisée, ou insuffisamment habilitée en la forme, ce qui revient au même, serait transmissible aux héritiers du mari comme étant, pour eux, la sanction d'un intérêt pécuniaire (art. 225). On sait que les interprètes considèrent, comme à peu près dépourvue d'intérêts pratiques, la disposition de ce texte.

SECTION II

GÉNÉRALISATION DE L'ART. 1409, 2°.

62. Ceci m'amène à rechercher si, indépendamment de toute autorisation du mari, et dans les hypothèses où il ne peut en être question, la communauté ne se trouvera pas quelquefois obligée du chef de la femme. La question se pose à l'occasion de ses délits ou quasi-délits.

Il peut s'agir tout d'abord d'un délit qui constitue une infraction à la loi pénale et ne donnera qu'accessoirement naissance à des réparations civiles. Avant tout il sera sanctionné par des pénalités. Si la femme encourt de ce chef une amende, elle ne sera pas en principe exécutoire contre le mari. C'est ce que décide l'article 1424, disposant que : « les amendes encourues par la femme ne peuvent s'exécuter que sur la nue propriété de ses biens propres tant que dure la communauté. »

Au fond, ce texte ne fait qu'une application du principe de personnalité des peines. Il est d'ailleurs parfaitement symétrique dans son ensemble, puisqu'il reconnaît à la femme droit à récompense au cas où l'amende encourue par le mari aurait été payée avec des valeurs communes. Un doute seulement subsiste sur sa portée. L'application rigoureuse du principe de personnalité des peines voudrait que les réparations pénales d'ordre pécuniaire dûes par le mari ne puissent être acquittées sur les biens de la communauté qu'en vertu d'un droit de poursuite objective, à raison de cette règle générale qu'au regard des créanciers, valeurs communes, biens propres du mari ne sont que des éléments indistincts d'un même patrimoine. La société conjugale n'y serait donc pas obligée, et la femme acceptante ne serait pas tenue d'en répondre jusqu'à concurrence de son émolument. C'est ce qu'exigerait au moins une logique rigoureuse. Il est remarquable que la question n'ait jamais

été soulevée par les interprètes malgré les termes de l'article 1424 : « Les amendes encourues par le mari pour crime n'emportant pas mort civile, *peuvent se poursuivre sur les biens de la communauté.* »

63. Quoiqu'il en soit pour la femme, le principe ne fait point difficulté. La société conjugale n'est en rien tenue des amendes qu'elle encourt. A cette règle les lois particulières sont venues déroger en matière de contraventions à la police rurale, de délits forestiers, de délits de pêche, en matière de contributions indirectes (1). On en donne généralement ce motif que la communauté profite de l'acte délictueux accompli par la femme (2). Mais il est à remarquer que la responsabilité du mari est ici indépendante du régime matrimonial adopté par les époux. Elle ne diffère pas de celle qui incombe aux père et mère, tuteurs, et en général à tous les maîtres et commettants (art. 206 C. for.). C'est qu'elle se fonde sur l'idée de subordination. Le mari n'est certainement pas présumé avoir participé au délit ou même l'avoir autorisé ; au moins le considère-t-on ici comme tenu

(2) L. 28 septembre-6 octobre 1791 sur les biens et usages ruraux et la police rurale, art. 7, t. 2. En matière de contributions indirectes, décret du 1er germinal an XIII, 22 mars 1805, art. 35. Ce texte ne prononce pas expressément la responsabilité du mari : la jurisprudence l'en fait résulter en considérant la femme comme sa préposée ; art. 206 C. for. ; art. 74 l. 25 avril 1829 sur la pêche fluviale.

(1) Guillouard, *Communauté*, t. II, n° 827. Trib. Poitiers, 1er févr. 1892. Pand. fr. 1894. II. 145 avec note de M. Cuenot ; Aubry et Rau, IV, § 447, texte et note 49, p. 767-768.

d'un devoir de surveillance analogue à celui qui incombe aux personnes investies de quelque autorité.

Cette idée ne doit être accueillie qu'avec réserve. La femme mariée est, dans une large mesure, maîtresse de ses actions ; elle n'est pas dans la situation subordonnée d'un préposé ; on ne peut affirmer en thèse générale que le mari soit tenu d'exercer un contrôle suivi sur ses actes. Il ne sera donc pas tenu des conséquences dommageables d'un délit ou d'un quasi-délit commis par la femme. J'écarte ici l'application de l'article 1384 en tant qu'il dispose qu'on est responsable, non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa sa garde. L'hypothèse ne rentre pas non plus dans les termes de l'article 1424 qui ne parle que de l'amende et se réfère seulement aux conséquences générales du délit. C'est donc au principe de l'article 1409, 2°, qu'il faudra recourir encore. Le mari n'a pas consenti l'acte délictueux : il ne peut donc être tenu des dommages et intérêts qui en sont la suite.

64. Mais qu'il y soit mêlé directement ou indirectement, et alors sa responsabilité, et l'obligation de la communauté apparaissent. Il en sera ainsi lorsque l'opération à laquelle se rattache le fait préjudiciable aura été ordonnée par lui et que la femme n'aura agi que comme sa mandataire. Ceci se présentera fréquemment en pratique : on peut supposer qu'il gère un com-

merce et que sa femme l'assiste comme préposée (art. 220 C. com.). Un délit quelconque est commis par elle se rattachant directement au négoce : des marchandises très combustibles par exemple, prennent feu par suite d'une négligence ; les tiers qui ont subi un préjudice de ce chef auront certainement action contre le mari.

La question est plus délicate si la femme a agi pour son propre compte, avec le consentement du mari. Il est telle décision de jurisprudence qui pose en principe qu'il ne répond pas des imprudences commises par la femme dans l'exercice d'un commerce séparé (Cass. Req. 8 juillet 1872. D. 73, I. 33). Mais l'espèce dans laquelle cet arrêt statuait était très particulière ; le fait quasi délictuel était sans rapport avec le négoce. Il s'agissait d'une femme qui, en renversant une lampe, avait provoqué un incendie. Un pareil accident eût pu se produire aussi bien dans les soins quotidiens du ménage.

La règle admise au contraire explicitement par une décision récente de la Cour de cassation (C. Req. 22 juillet 1891. D. 92, I. 5, accompagnée d'une note de M. Planiol), la règle est que, lorsque l'acte quasi délictuel commis par la femme se rattache immédiatement à une opération consentie par le mari, en est une conséquence directe, la responsabilité de la communauté se trouve engagée. L'arrêt était intervenu dans l'hypothèse suivante : un enfant avait été confié à la garde

d'une femme : par suite d'un défaut de surveillance il avait mis le feu à une meule de paille. Le mari devait-il répondre du préjudice causé au propriétaire de la meule? Oui, parce qu'en consentant à ce que la femme prît la garde de l'enfant, il avait assumé toutes les obligations qui pouvaient en résulter. L'article 1409, 2°, n'était peut-être pas applicable *in terminis*, quoi qu'en ait décidé la Cour suprême ; il n'y avait engagement contractuel que dans les rapports du père de l'enfant et de la femme; au regard du propriétaire de la meule incendiée l'obligation était quasi délictuelle : elle était née d'un fait illicite et préjudiciable, indépendamment de tout concours de volonté. Par suite, il n'avait pu être question d'en autoriser la formation. La communauté avait, il est vrai, touché le prix de la pension, mais ceci est indifférent dans notre théorie; ce fait à lui seul n'aurait pu faire naître à sa charge qu'une obligation *de in rem verso* ou une *condictio sine causa*.

Mais la femme, dans l'espèce, n'avait agi que du consentement du mari et la loi n'exige pas autre chose pour que la communauté soit tenue.

65. A ce point de vue, la théorie de l'autorisation maritale et la disposition de l'art. 1409, 2°, sont distinctes.

Si l'autorisation du mari lie la commmunauté, ce n'est donc pas en tant que formalité habilitante, mais parce qu'elle renferme un élément intentionnel, parce qu'elle implique adhésion de sa part à l'acte accompli par la

femme. Là où existe cette adhésion, la communauté se trouvera très valablement obligée, alors que l'autorisation serait insuffisante en la forme, comme n'étant pas donnée par écrit, ou ne résultant pas du concours du mari à l'acte (art. 217 C. civ.), alors même qu'il ne pourrait être question d'autorisation en matière de délits ou de *quasi*-délits. Ainsi en sera-t-il toutes fois que le délit se rattachera directement ou indirectement à une opération que le mari aura consentie ; la communauté sera obligée par les actes de concurrence déloyale commis par la femme dans l'exercice d'un commerce séparé, ou par les faits délictuels qui auraient amené une banqueroute frauduleuse.

DEUXIÈME PARTIE

—

AUTORISATION GÉNÉRALE

—

CHAPITRE PREMIER

NATURE JURIDIQUE.

§ I. — Application de la théorie civile (art 1409, 2°).

66. L'autorisation de faire le commerce est une autorisation générale ; elle est donnée, une fois pour toutes, au début des opérations commerciales entreprises par la femme : le mari n'a donc pas à consentir isolément chacun des actes du négoce. Cette autorisation peut être tacite : elle résulte de ce que le mari ne s'est pas opposé à ce que la femme entreprît un commerce qu'elle gérait à son vu et su. C'est là encore une règle traditionnelle de la matière, universellement admise, bien qu'elle ne soit pas explicitement consacrée par les textes.

Mais ces deux dérogations au droit commun de l'autorisation maritale n'entament, en quelque sorte, que la forme : le fond du droit reste intact. Il semble, en effet,

que la nature juridique de l'autorisation maritale appliquée au commerce ne soit pas différente, que ses effets soient toujours les mêmes sous le régime de communauté. Les textes s'en expriment dans les mêmes termes, ils ne relèvent qu'une chose, c'est que le mari reste étranger à chacun des actes du négoce pris isolément.

« Les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de justice, dit l'art. 1426 C. civ., n'engagent pas les biens de la communauté, si ce n'est lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce ». L'art. 5 C. com. ne s'exprime par différemment : « La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce, et, au dit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux ».

67. L'explication la plus simple, celle qui se présente tout d'abord à l'esprit, est la suivante : le mari n'a sans doute pas, en fait, autorisé chacune des opérations commerciales accomplies par la femme. Mais il en a connaissance au moins dans l'ensemble, il est donc censé les consentir au fur et à mesure qu'elles se succèdent. Il reste d'ailleurs maître d'arrêter le cours du négoce en retirant son autorisation. Sans doute, on admet en général, que ce retrait ne pourra être arbitraire ; il devra être fait en temps opportun, parce que les choses ne sont pas entières. Des opérations ont été entre-

prises qui doivent être menées à bonne fin : l'arrêt brusque du négoce pourrait causer un préjudice grave à la femme et aux tiers qui ont traité avec elle. Ceci, tout le monde le reconnaît. Mais rien n'est changé aux principes : la femme n'agit pas sans le consentement du mari comme disent les textes. Ce consentement est tacite, mais, à quelque moment qu'on se place, il existe.

68. Je ne crois pas cette explication satisfaisante. Il est certain qu'une fois mise à la tête d'un négoce, la femme est soustraite à l'autorité maritale.

« A vrai dire, une fois la femme investie régulièrement de la qualité de commerçante, dit M. Planiol, le Code de commerce ne connaît plus la puissance maritale..... En vain, dira-t-on que la femme commerçante n'agit qu'avec l'autorisation du mari, mais que cette autorisation, au lieu d'être spéciale et renouvelée chaque fois, lui est donnée d'avance une fois pour toutes : est-ce que cette autorisation, consentie en bloc, pour des actes dont le nombre est illimité, et dont la nature, les conditions et l'importance sont indéterminées, n'est pas l'absence de toute autorisation, l'abdication de tout contrôle (*Rev. crit.*, 1888, p. 276)? »

On peut remarquer qu'une tradition très ancienne, déjà établie au XII[e] siècle, est en tous points conforme à ces idées : « Nule fame n'a response en cort laie por coi ele ait seignor si ce n'est dou fait de son cor où s'èle estait marchande, » disaient déjà les Etablissements

de Saint-Louis (1). Cette idée que la femme commerçante était soustraite à la puissance, à la mainburnie du mari, Beaumanoir la développe longuement : « En aucun cas, dit-il, seroit le feme tenue à respondre de se dete ou de se plegerie el tans de son baron ; si comme se ses barons est faus ou hors du sens, si que il est aperte coze qu'il ne se melle de riens et que la feme fait et mainburnist toutes les cozes qui à eus apartienent ; ou se le feme est marqueande d'aucune marqueandise dont ses barons ne se set meller, lequele ses barons li laisse demener par lor commun porfit, ou si li baron est en estranges teres, fuitis ou banis, ou enprisonés sans espérance de revenir, car autrement seraient moult de bone gent honni qui baillent le lor à teles manières de femes, et eles mesmes en perdroient lor marceandises (2) ».

N'est-ce pas dans cette tradition qu'il faut chercher le sens de la formule employée par la coutume de Paris dans son art. 234 : « La femme marchande publique se peut obliger sans le consentement de son mari? » Cette formule, l'art. 220 C. civ. la reproduit : « La femme, si elle est marchande publique, peut s'obliger sans l'autorisation de son mari. » L'art. 5 C. com. s'exprime dans des termes identiques. « La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce, et, au dit

(1) Etablissements de Saint-Louis, I, 157.

(2) Beaumanoir, Cme de Beauvoisis, ch. 43, no 28.

cas, elle oblige aussi son mari s'il y a communauté entre eux. »

Il est donc certain qu'on ne peut considérer chacun des actes commerciaux qu'elle accomplit comme consentis isolément par le mari. A cet égard, la règle de l'art. 1426 ne rentre pas dans les termes de l'art. 1409, 2°. Ce n'en est pas moins une application immédiate des principes qui, à notre sens, se dégagent de ce texte. Là même où il n'y a pas eu autorisation *stricto sensu*, la communauté sera obligée du chef de la femme, si l'acte générateur de l'obligation se rattache directement ou indirectement à une opération consentie par le mari.

69. En somme, si l'autorisation maritale présente ici plus d'étendue, quant à son objet, qu'en matière civile, si elle s'applique à une entreprise, c'est-à-dire à une série d'actes indéterminés dans leur ensemble, si elle assure par là-même à l'épouse une indépendance presque entière, elle n'en produit pas moins les mêmes effets. Le fonctionnement en est toujours identique à lui-même, Si donc le mari est obligé, ce ne peut être qu'indirectement, en qualité d'associé.

Cette opinion trouve un point d'appui dans notre ancien droit, elle était manifestement celle de Pothier : « La marchande publique, dit-il, non seulement s'oblige elle-même par les dits contrats, mais elle oblige aussi son mari lorsqu'elle est commune. Etant marchande publique, dit l'art. 234 de la C^me^ de Paris, elle s'oblige et son mari touchant le fait et dépendance de ladite marchandise et

même par corps. La raison est que l'approbation que le mari est censé donner au commerce que sa femme fait à son vu et su, renferme une approbation de tous les contrats qu'elle fait, et une accession de sa part aux obligations qui en naissent ». De ce texte ressort cette idée que si le mari est personnellement obligé, c'est de la dette de la femme, telle qu'elle se comporte, qu'il doit répondre ; une obligation distincte ne naît donc pas à sa charge. Comment expliquer autrement qu'il soit tenu commercialement. Pothier ne l'affirme pas expressément, mais reconnaît qu'il peut être contraint par corps. C'était du reste, le sentiment de tous nos anciens auteurs. « Il semble, disait Ferrière, sur l'art. 234 de la Coutume de Paris, que la femme doit obliger le mari de la même manière qu'elle l'est, puisqu'il consent qu'elle fasse un négoce pour lequel elle est contraignable par corps et qu'il en profite et même qu'il est le maître de ce que la femme acquiert par ce moyen, pour en disposer à sa volonté, et en le faisant, rendre la femme insolvable et sujette à la contrainte par corps. » Édit. 1770, t. II, p. 57.

Bourjon s'en explique également dans des termes qui ne prêtent à aucune équivoque : « Les engagements de la femme marchande publique réfléchissent pour le tout contre le mari lorsqu'il est en communauté avec elle, cette communauté lui rendant les engagements communs et obligatoires pour le tout tant que la masse de la communauté dont il est le chef, est dans sa main.

Mais après la dissolution de la communauté, ces mêmes engagements ne peuvent plus militer contre lui que pour moitié, et il serait dur de prétendre la solidarité qui n'a lieu que pour les engagements qu'il a contractés lui-même... Le mari est même pour ce condamnable par corps lorsque la femme l'est par son engagement, cet engagement, encore une fois, lui devenant commun, sauf la limitation qui forme la proposition qui suit sur l'exécution par corps. Mais la condamnation par corps ne peut s'exécuter contre les deux conjoints en même temps. Ce serait dureté de le faire et la justice a rejeté cette dureté (Droit comm. de la France, 1, p. 585). » Cette doctrine de Bourjon on l'argue d'inconséquence. « Comment, dit M. Thaller (*Rev. crit.* 1882, p. 745), Bourjon a-t-il pu tout à la fois et sans se démentir prétendre que le mari n'était pas personnellement obligé et que, néanmoins, la dette de la femme avait le caractère commercial à son endroit ; voilà ce qu'on ne comprend pas : la seconde assertion détruit la première ». Mais Bourjon n'affirme nulle part que le mari n'est point personnellement tenu, il laisse seulement entendre qu'il est obligé *quasi socius*. Or, pourquoi la dette de la femme, en tombant en communauté, aurait-elle changé de nature ? Le mari se l'approprie, si l'on veut, telle qu'elle se comporte : avec son caractère commercial. C'est bien là ce qu'exprimaient encore Renusson ou Lebrun. « Il est juste, dit Renusson, qu'il (le mari) soit tenu des dettes que la femme a contractées touchant le fait et dépen-

dances de la marchandise publique, de même que s'il avait contracté lui-même la dette en qualité de marchand pour fait de marchandise (Renusson, C^té^, 2^e^ P., ch. IV, n° 60). » Lebrun assimile l'hypothèse où la femme assiste le mari dans son commerce et celle où elle est mise par lui à la tête d'un négoce. « En l'un et l'autre cas, elle oblige son mari par corps ». (C^té^, L. 2, ch. I, § 1, par. 1).

70. J'en conclus que nos anciens auteurs considéraient le mari comme tenu commercialement des dettes commerciales de la femme. La pensée des rédacteurs aurait-elle été de modifier, sur ce point, la théorie traditionnelle? J'ai déjà dit que la section de législation avait proposé des modifications à la rédaction des articles 93 et suivants du projet (art. 1484 et 1485). A l'article 93 en particulier (art. 1484 actuel), on projetait de substituer la rédaction suivante : « Le mari est tenu pour la totalité des dettes de la communauté, sauf son recours contre la femme ou ses héritiers. » Il est à propos, disait-on, de supprimer les mots « par lui contractées » qui figuraient dans le projet, parce qu'il y a des dettes qui ne sont pas moins à la charge de la communauté, bien que le mari ne les ait pas contractées personnellement, telles que celles qui auraient été contractées par la femme marchande publique.

Peut-être, en effet, dans notre ancien droit, la plupart des auteurs, à l'exception, toutefois, de Bourjon qui se prononçait catégoriquement en sens contraire, admet-

taient-ils que de ces dettes le mari restait tenu solidairement après la dissolution de la communauté. Ceci à raison même de leur nature commerciale. Il est assez difficile de savoir si cette solution a été rejetée, la rédaction première de l'art. 1484 ayant été maintenue.

On peut tirer un argument plus positif de la discussion au Conseil d'État. On demande à Tronchet si le mari est contraignable par corps à raison des dettes de la femme commerçante. Il répond que la communauté en est tenue. Cette réponse, on la considère, en général, comme évasive. Elle me semble, au contraire, très précise, si on la rapproche des précédents historiques. Elle n'a certainement pas pour objet d'y contredire, elle ne peut que les confirmer. La communauté est tenue, c'est-à-dire qu'elle est tenue comme peut l'être la femme elle-même. La dette commerciale y tombe avec sa nature, son caractère propre. C'est ce qu'admettait la pratique constante de notre ancien droit, à laquelle cette réponse elliptique de Tronchet, pour avoir un sens quelconque, devait nécessairement se référer (1).

71. D'où vient donc que la généralité des auteurs persiste à refuser à l'obligation du mari le caractère commercial ? C'est que la plupart d'entre eux considèrent cette obligation comme principale et distincte de celle de la femme. Pour eux, le mari est une sorte de

(1) Fenet, IX, 77.

garant qui s'oblige envers le créancier de la femme, et oblige par là-même la communauté. En réalité, il contracte une obligation nouvelle qui prend directement naissance en sa personne. Aussi reste-t-il tenu *in solidum* malgré la dissolution de la communauté. Son obligation a, si je puis dire, un caractère si décidé, si tranché, que, malgré la libération de la femme, il pourra rester tenu. Ainsi au cas d'une remise de dette toute personnelle consentie à celle-ci. Comment, dans ce système, admettre qu'il puisse être obligé commercialement. Il ne fait pas le commerce, il ne prend pas une part active au négoce de la femme à laquelle la loi n'attribuerait, en pareille hypothèse, que le rôle secondaire de préposée. « Elle n'est pas réputée marchande publique dès qu'elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé (art. 5, 2e al. C. com. cf. 220, 2e al. C. civ.). » Si donc le mari s'oblige, c'est à titre de caution, et la règle est que la caution d'une obligation commerciale est tenue civilement. Le principe de l'obligation du mari est purement civil, c'est l'art. 1409, 2°, C. civ. (1).

72. Ce point de vue, je ne le crois pas exact. Il ne faut pas oublier que la communauté est une société universelle. Lorsque des associés conviennent de mettre en commun certains profits et certaines dettes, ces

(1) Trib. Reims, 15 mars 84. *Gaz. Pal.* 21 janv. 85, I, p. 169.

dettes changent-elles de nature en devenant dettes sociales?

Peut-on dire qu'il y ait création d'une obligation nouvelle distincte à la charge de celui des coassociés qui n'était pas antérieurement obligé? Non, il y a un ou plusieurs obligés nouveaux à une dette préexistante, voilà tout. Cette conception peut paraître étrange à première vue. Voici un rapport d'obligation : il suppose un créancier et un débiteur. Si un tiers se substitue à l'une de ces deux personnes, le rapport se trouvera modifié. La chose est possible, il y aura seulement novation, création d'une obligation nouvelle qui se substitue à l'ancienne, qui pourra avoir même objet, mais ne participera pas nécessairement à son caractère, que ne garantiront pas enfin les sûretés réelles ou personnelles qui avaient été constituées par l'ancienne créance.

Pour que le rapport de droit ne se trouvât pas modifié, il faudrait faire intervenir une fiction de continuation de la personne, comme cela a lieu en matière de transmission héréditaire (1).

(1) Au point de vue historique l'idée qu'il y a, dans l'espèce, véritable transmission à titre universel, me semble au contraire parfaitement exacte. Nous avons dégagé l'origine de la règle qui fait traditionnellement peser sur le mari la charge des dettes de la femme. C'est à titre d'acquéreur du patrimoine mobilier de l'épouse qu'il en était grevé : il en était donc tenu comme un héritier pouvait l'être des obligations de son auteur. Lors même qu'elles dérivaient d'un contrat passé pendant le mariage de son consentement, elles ne réalisaient leurs effets qu'indirectement en sa personne, après s'être fixées

Mais ici, rien de pareil ; nous sommes en présence d'une transmission à titre particulier, mais sans rapport avec une novation. L'obligation première n'est pas éteinte, elle subsiste à la charge de la femme ; on conçoit que le mari puisse se l'approprier comme associé. C'est ce que nous exprimions en disant qu'il y avait simplement accession d'un nouvel obligé à une dette préexistante et persistante.

La novation n'est pas un mode de transmission du droit de créance : nous y voyons plutôt une négation de la possibilité de céder ce droit entre vifs. Elle est une preuve que le formalisme primitif, tel qu'il s'est maintenu, sous bien des aspects, dans la législation romaine de l'époque classique, répugne à l'idée que le lien d'obligation puisse passer d'une personne à une autre, sans en être profondément modifié. Nos idées ne sont plus les mêmes sur ce point. Tout le monde admet aujourd'hui que malgré son caractère personnel, le droit de créance peut être transmis entre vifs, tel quel, comme *sua causa*. C'est, au point de vue actif, la cession de créance, la transmission à un tiers du droit du créancier. Mais pourquoi ce qui est possible au point de

sur la tête de la femme. Aussi nos anciens auteurs discutaient-ils la question de savoir si les dettes de la femme seraient de plein droit exécutoires contre le mari. Renusson admettait (Cté, 1re P., ch. VII, n° 45, édit. Sérieux, t. I, p. 52) qu'il fallait déclarer exécutoires contre le mari les obligations de la femme commerçante, car il pouvait avoir à proposer quelque moyen de défense. Cette opinion n'était pas celle de Lebrun.

vue actif ne le serait-il pas également au point de vue passif ?

Pourquoi, sans modifier la nature du rapport d'obligation, un tiers ne pourrait-il pas se l'approprier en tant que dette au point de vue passif ? C'est ce qui a lieu ici : la communauté est obligée par la femme. L'art. 1426 le laisse entendre : « Les actes qu'elle fait n'engagent pas les biens de la communauté, si ce n'est lorsqu'elle contracte comme marchande publique ». Disons mieux, la dette tombe en communauté comme dette de la femme. Le mari en est tenu *quasi socius*, mais c'est bien une obligation personnelle qui pèse sur lui.

Nous échappons ainsi à ce dilemme qu'on nous proposait. De deux choses l'une, disait-on : ou le mari est obligé personnel, il y a alors, de toute nécessité, création d'une obligation nouvelle distincte de celle de la femme, dans son principe et dans sa nature ; ou bien, si le mari est tenu de la dette de la femme, il ne peut s'agir que d'un droit de poursuite objective sur ses biens, il n'est pas un obligé véritable, et l'on ne comprendrait encore pas qu'il fût tenu commercialement. Cette double critique, on l'adressait à Bourjon, qu'on accusait d'être inconséquent dans son système.

Je le crois, au contraire, très juridique. Ma conclusion c'est que le mari est tenu commercialement comme la femme elle-même. C'est se payer de mots que dire que le principe de son obligation est purement civil, que c'est le contrat de mariage ou la règle de

l'art. 1409, 2°, qui manifestent la volonté du mari de s'obliger ; l'objet, la nature de cette obligation, il faut les chercher ailleurs que dans les dispositions des articles 1426 C. civ. ou 5 C. com. Cette affirmation vague, nous la retrouverons en recherchant les divers intérêts pratiques de la question.

§ II. — Intérêts pratiques.

73. Celui qui s'offre le premier et le plus naturellement à l'esprit, c'est la compétence de la juridiction consulaire. Si le mari est tenu commercialement, il pourra être traduit devant les tribunaux de commerce, à raison des obligations contractées par la femme au cours de son négoce. La question peut se poser dans des hypothèses très différentes, mais dans des termes identiques. L'un des époux pouvait être commerçant avant son mariage, et l'exploitation du fonds de commerce n'a pas été continuée postérieurement. C'était, je suppose le mari : s'il est déclaré en faillite, il n'est pas douteux que la faillite n'atteigne les biens de la communauté qui, au regard des tiers, sont réputés partie intégrante de son patrimoine. Mais la communauté est-elle tenue commercialement ? Il semble que la question soit oiseuse, puisque les biens communs peuvent être compris dans la faillite du mari. Il n'en est rien : que l'on suppose la communauté dissoute et acceptée

par la femme, la question se posera de savoir, si, comme commune, elle est tenue commercialement. Un litige venant à s'élever à l'occasion d'une dette commerciale du mari tombée en communauté comme mobilière, la juridiction consulaire sera-t-elle compétente ?

Au lieu du mari, on peut supposer que c'est la femme qui gérait un négoce antérieurement au mariage. S'il y a faillite, les biens communs n'y seront certainement pas compris (1) car la communauté n'est pas commerçante, et les créanciers de la femme n'ont pas les mêmes droits que ceux du mari. Mais on devra se demander au moins si la communauté n'est pas tenue commercialement. Le mari peut-il être poursuivi comme chef de la société conjugale devant la juridiction consulaire, à raison des dettes commerciales de la femme antérieures au mariage et tombées comme mobilières au passif commun ?

La Cour d'Angers l'avait admis : sa décision fut cassée (2), et l'affaire renvoyée devant la Cour de Poitiers, qui, conformément à l'opinion de la Cour suprême, reconnut l'incompétence du tribunal de commerce. Le principe de l'obligation de la communauté, du mari par suite, étant l'art. 1409, 2°, est d'ordre purement civil. Je crois que cette simple affirmation laisse la difficulté

(1) La faillite peut être déclarée après cessation de commerce sans qu'il y ait délai imparti par la loi comme après décès (art. 437 C. com.).

(2) C. ch. civ. 6 juillet 1853. S. 54. 1. 33. Poitiers, 26 fév. 1855. S. 56. 2. 274 ; *Contrà,* Angers, 2 avril 1851, sous Cass. précité.

entière. Pour ma part, je n'hésite pas à reconnaître la compétence de la juridiction consulaire. Elle est repoussée par un arrêt de la Cour de Bruxelles réformant un jugement du tribunal de commerce de Charleroi (1).

La jurisprudence semble plus disposée à admettre cette compétence dans l'hypothèse où la femme gère un négoce pendant le mariage (2). Je crois cependant que dans ce cas la question ne se pose pas dans des termes différents . Mais ici le rapport entre l'obligation de la femme et celle de la communauté est plus immédiat, plus concret : il tombe sous les yeux. Cependant le principe de l'obligation de la communauté est bien l'autorisation maritale avec ses effets normaux habituels tels que nous les avons étudiés en matière civile. Je l'ai supposé au début de cette étude. Si nous nous trouvons en présence d'une simple application de l'art. 1409, 2°, il n'y a pas à faire de distinction : dans tous les cas, la dette tombe en communauté comme dette personnelle de la femme. Quoi qu'il en soit, le caractère civil de l'obligation du mari semble admis aujourd'hui par nos tribunaux. La jurisprudence belge présente au contraire un assez grand nombre de décisions en sens divers (3).

(1) Cr de Bruxelles, 1er avril 1876. Pasicrisie, 1877. II. 26.

(2) Paris, 28 janv. 1856, *Journ. trib. de commerce*, 1856, n° 1,725, p. 22. Paris, 31 janvier 1857, *Journ. trib. de comm.*, 1857, n° 2,064, p. 155. Delamarre et Le Poitevin, I, 68. *Contrà*, trib. Reims, 15 mars 1884. *Gaz. P.* 21 janv. 85.

(3) Contre la compétence commerciale, Charleroi, 19 février 1884. Pasicrisie, 85. 2. 64. Cr Bruxelles, 1er avril 1876. Pasicrisie, 79. 2. 29.

74. Je crois très conforme à la tradition de notre ancienne jurisprudence d'admettre la compétence de la juridiction consulaire. Cette solution a pour elle des avantages pratiques. Elle évite des complications, le créancier n'ayant pas à citer le mari d'abord devant le tribunal de commerce pour autoriser sa femme à ester en justice, ensuite devant le tribunal civil pour faire valoir ses droits contre la communauté.

On ne méconnaît pas qu'il y ait quelqu'inconvénient à séparer des causes si étroitement dépendantes. Mais les adversaires de la compétence commerciale font observer que le lien intime entre l'obligation de la femme et celle du mari ne saurait suffire à rendre compétente à l'égard de l'un, la juridiction consulaire compétente à l'égard de l'autre. Notre loi n'admet une pareille extension de la compétence des tribunaux de commerce que dans des cas exceptionnels : en matière de lettres de change ou de billets à ordre (art. 636-637 C. com.), en matière de chèques (l. 14 juin 1865, art. 4). Mais l'on admet sans difficulté que la caution d'une dette commerciale tenue civilement est justiciable du tribunal civil (1). Telle est bien la solution applicable au mari pour peu qu'on le considère, avec la majorité des auteurs, comme un garant.

en faveur de la compétence. Anvers, 27 sept. 1881. *Journal d'Anvers*, 1881. I. 394. Cr de Bruxelles, 6 août 1883. *Journ. d'Anvers*, 1883. II. 144.

(1) C. 16 mai 1866. S. 66. I. 279. Dijon, 23 novembre 1881. S. 82. II. 75.

On fait du reste observer que si le tribunal de commerce ne peut embrasser les deux causes, le tribunal civil peut fort bien, au contraire, en être saisi par l'exception de connexité. Lorsque la juridiction consulaire est saisie de la demande formée par la femme alors qu'un tribunal civil l'est de l'action formée contre le mari, cette exception de connexité permet de joindre les deux causes. Mais c'est là une source de lenteurs et de frais. Il y a mieux, la femme et le mari pourraient être actionnés directement devant le tribunal civil. En effet, lorsqu'une personne doit exercer une action à laquelle l'exception de connexité serait opposable si cette action était portée devant un tribunal déterminé, elle peut, pour éviter cette exception, les frais et les pertes de temps qui peuvent en résulter, former directement sa demande devant le tribunal connexe.

La question de savoir si l'obligation du mari est commerciale de sa nature n'en présente que plus d'intérêt dans notre système, car il s'agit de savoir non seulement si le mari sera justiciable des tribunaux civils, mais si, en ce qui concerne la femme elle-même, l'affaire ne devra pas toujours être évoquée devant le tribunal civil, le créancier n'exerçant que rarement en fait des poursuites distinctes contre chacun des époux.

75. Un autre intérêt pratique de la controverse est le suivant. J'estime qu'en principe le mari n'est pas tenu *in solidum*, après la dissolution de la communauté, des dettes que la femme a contractées avec son autorisation.

Ce point est des plus contestés : mais il me semble que telle était bien la doctrine de nos anciens auteurs, de Pothier en particulier (1). N'était-il pas admis au contraire que des dettes du commerce de la femme, il était tenu *in solidum* ? Il semble que ce soit là ce qu'exprimait si énergiquement Renusson, quand il disait que, de ces dettes le mari devait répondre comme s'il les avait lui-même contractées en qualité de marchand. Je ne crois cependant pas que tel ait été le sens précis de ce passage de Renusson, qui n'avait d'autre objet qu'expliquer comment le mari pouvait être soumis à la contrainte par corps. En tout cas, Bourjon professait expressément une doctrine différente, et en cela il me semble conséquent avec lui-même.

Dans les travaux préparatoires, on sait que la question fut soulevée par la section de législation qui proposait certains remaniements aux art. 1484 et 1485, en faisant observer que des dettes contractées au cours du mariage par la femme marchande publique, le mari était certainement tenu comme de dettes à lui personnelles, bien qu'il ne les eût pas consenties en personne.

Peut-être pourrait-on donner, et de l'opinion de nos anciens auteurs et de la théorie de la section de législation, une explication à peu près satisfaisante en partant de l'idée que la dette de la femme, envisagée en tant

(1) Pothier, *Communauté*, n° 730.

qu'elle grève la communauté et le mari, conserve son caractère commercial. La règle entre codébiteurs d'une dette commerciale est que la solidarité se présume. Quelle raison d'y déroger en cette matière ? A cela, je répondrai que l'obligation a d'abord pris naissance en la personne de la femme, ce n'est qu'ensuite et subsidiairement qu'elle s'est étendue à la communauté et au mari. Or, si la solidarité se présume entre codébiteurs qui se sont obligés simultanément à une même dette, commerciale de sa nature, cette solidarité ne fait pas obstacle à sa division après coup entre plusieurs ayants cause de l'un des codébiteurs à l'égard desquels la dette aura cependant le même caractère qu'à l'endroit de leur auteur. C'est bien le cas du mari, il est un ayant cause à titre particulier de la femme dans la mesure de ses droits dans la communauté.

La dette de la femme entre comme divise dans la société, car le principe est que dans les sociétés civiles les associés ne sont pas tenus solidairement (art. 1862 C. civ.).

76. Le mari peut-il être soumis à la contrainte par corps, à raison des dettes commerciales de la femme qu'il a autorisées ? La loi du 22 juillet 1867 a aboli ce mode d'exécution forcée. Mais que décidait-on antérieurement à cette époque ? La difficulté, toute théorique qu'elle puisse paraître, peut nous éclairer sur le caractère véritable de l'obligation du mari. La contrainte par corps, en effet, n'était admise qu'à titre d'exception

en matière civile; en matière commerciale, au contraire, elle était la règle, au moins pour les dettes d'une certaine importance, excédant 200 francs.

Si donc le mari était contraignable par corps, c'est qu'il était peut-être considéré comme commerçant lui-même, à coup sûr obligé commercialement. Or, tous nos anciens auteurs le déclaraient soumis à la contrainte par corps, Bourjon lui-même, dont la doctrine était si restrictive et si particulière.

C'est à l'occasion de la contrainte par corps qu'interviennent les quelques observations qui ont été présentées sur ce sujet dans les travaux préparatoires. On discutait au Conseil d'Etat l'art. 6 du projet (art. 220 actuel). Voici le compte rendu de la discussion :

« M. Cretet demande si la femme marchande publique, qui n'est pas commune en biens, soumet son mari à la contrainte par corps pour les engagements qu'elle signe.

M. Tronchet répond que l'acte emportant contrainte par corps n'y soumet que la personne qui l'a signé.

M. Boulay dit que cette question n'appartient pas à la matière qu'on discute.

M. Réal dit que le tribunal d'appel de Dijon demande si la marchande publique qui oblige son mari, quand il y a communauté entre eux, le rend aussi sujet à la contrainte par corps pour les obligations qu'elle a contractées dans son commerce.

M. Tronchet dit que la communauté est affectée dans

tous les cas pour les dettes que contracte la femme marchande publique... (1). »

J'ai déjà dit que cette réponse, que l'on considère en général comme évasive, me semblait au contraire très précise.

En principe, l'acte comportant contrainte par corps n'y soumet que la personne qui l'a signé. Il peut donc y avoir doute sous notre régime. Mais il faut admettre ici une dérogation à la règle générale, parce que la communauté est affectée aux dettes de la femme.

Le mari en est tenu comme s'il les avait contractées ; voici quel me paraît être le sens de la discussion envisagée dans son ensemble. Les déclarations de Tronchet ne sont obscures qu'autant qu'on les sépare des observations qui les ont précédées.

77. La jurisprudence cependant s'est toujours refusée à prononcer la contrainte par corps contre le mari (2). Elle se bornait du reste à de simples affirmations. La contrainte par corps ne peut être prononcée, disaient les arrêts, que contre celui qui fait personnellement le commerce. Les art. 220 C. civ. et 5 C. com., en décidant que la femme marchande publique oblige son mari s'il y a communauté entre eux, ne soumettent pas le mari à la contrainte par corps.

Au fond, le raisonnement des tribunaux était le suivant : l'autorisation du mari, qu'elle soit spéciale donnée

(1) Fenet, t. IX, p. 77.

(2) Lyon, 26 juin 1822. S. 22. II. 91. Paris, 7 août 1832. S. 33. 2. 52.

en matière civile, qu'elle soit générale et qu'elle ait pour objet d'habiliter la femme à entreprendre un négoce, a toujours les mêmes effets ; les textes ne s'en expriment pas dans des termes différents. Or le mari, en autorisant la femme, contracte une obligation distincte et accessoire. Cette obligation a un caractère, une nature propres, elle est, à certains égards, indépendante de celle de la femme, comme l'obligation d'une caution est indépendante de celle d'un débiteur principal. Elle n'est donc pas commerciale lorsque l'acte accompli par la femme revêt ce caractère ; le mari n'y participe en aucune façon, il ne fait pas acte de commerce. La conséquence c'est qu'il n'est pas contraignable par corps.

78. Peut-être cette jurisprudence, manifestement contraire aux précédents, s'expliquait-elle par une certaine défaveur de la contrainte par corps. Déjà Bourjon décidait qu'elle ne pourrait être exercée contre les deux époux simultanément ; « ce serait dureté de la faire, disait-il, et la jurisprudence a rejeté cette dureté ». Sur ce point la doctrine de Bourjon avait été explicitement consacrée, postérieurement à la rédaction de nos codes, par une loi du 1er avril 1832. L'art. 21 de cette loi disposait que, « dans aucun cas, la contrainte par corps ne pourra être exercée contre le mari et la femme simultanément pour une même dette ». Ce texte est placé au titre IV, qui contient des dispositions communes aux trois titres précédents, dont l'un règle la contrainte en matière commerciale.

Il semble bien que la loi ait prévu l'hypothèse où la femme gérait un commerce avec l'autorisation générale du mari, car l'art. 2 de la loi déclare que la femme non commerçante de profession ne pouvait pas être soumise à la contrainte par corps. Mais il est possible aussi qu'elle ait visé le cas où, la femme étant négociante de profession, le mari s'est obligé conjointement ou solidairement avec elle, pour les affaires de son commerce. Il n'est donc d'autres éléments pour la solution de la difficulté, que la tradition de l'ancien droit, et la discussion au Conseil d'État qui imposait, à mon sens, l'application au mari de la contrainte par corps. C'était, du reste, l'opinion de Fournel interprétant la loi du 15 germinal an VI. Cette loi ne prononçait sans doute pas expressément la contrainte par corps contre le mari ; il l'en faisait résulter en le considérant comme associé de la femme.

CHAPITRE II

THÉORIE DE L'AUTORISATION MANDAT.

79. Ceci nous amène à étudier de plus près une théorie que nous avons déjà entrevue, qui a été développée en matière civile, mais dont la véritable place est sous le commentaire de l'art. 1426, parce qu'elle a été produite surtout pour expliquer les effets de l'autorisation générale de faire le commerce. Lorsque le mari consent à ce que les actes de la femme obligent la communauté, tout se passe comme s'il lui donnait mandat de contracter pour le compte de la société conjugale. Cependant, il est de principe que les actes du mandataire produisent tous leurs effets en la personne du mandant et ne l'engagent pas personnellement. Or, la femme est responsable, sur ses propres, envers le créancier, ce qui paraît contradictoire avec l'idée du mandat. Il n'en est rien parce que son obligation n'est qu'accessoire, c'est un cautionnement solidaire.

§ I. — Discusion historique.

80. C'est, dit-on, ce que nos anciens auteurs avaient particulièrement mis en relief dans l'hypothèse où la

femme gérait un négoce avec le consentement du mari. « Ici, dit M. Thaller, le bail du mari n'est plus en question. La règle a pris couleur romaine comme les autres, mais ce n'est plus dans la théorie des tutelles qu'on trouvera le lien susceptible de la rattacher au droit civil, c'est dans la *patria potestas*, dans la *manus*, dans la dévolution au chef de famille des acquisitions faites par les personnes en puissance... La femme fait le commerce avec des valeurs dont le mari, maître de la communauté, est seigneur et maître : s'il laisse son épouse poursuivre l'exploitation, son rôle n'est plus celui d'un baillistre ou d'un protecteur qui autorise, mais d'un mandataire au nom et pour le compte duquel les affaires sont traitées (1). »

C'est, en effet, dans la théorie romaine de la préposition que nos anciens auteurs ont cherché la raison de cette dévolution au mari des obligations commerciales contractées par la femme. Le rapprochement est déjà fait dans une règle des Institutes coutumières de Loysel (I, 1, 39) : « enfants de famille et femmes mariées sont tenus pour autorisés de leurs pères ou maris, pour ce qui est du fait du commerce dont ils s'entremettent à part et à leur su », que Laurière commentait ainsi : « Puisque la condition des femmes et des enfants de famille est si semblable, il s'ensuit que ce qui convient aux uns doit être appliqué aux autres et, par consé-

(1) Thaller, *Rev. crit.*, 1882, p. 745.

quent, comme le père de famille est censé autoriser son fils en puissance quand il souffre qu'il fasse publiquement un négoce à part ou différent du sien, le mari est censé autoriser sa femme dans ce cas, et ainsi il est juste que les pères et les maris qui ont ainsi autorisé leurs femmes et leurs enfants soient tenus de leurs contrats et qu'il y ait action contre eux ». Ainsi s'expliquait cette vieille et pittoresque maxime citée par Renusson : « Le tablier de la femme oblige le mari ».

Sans doute, Lebrun, Renusson, Pothier ne se réfèrent pas toujours en termes aussi explicites, aux dispositions de la loi romaine relatives à l'acquisition par les personnes en puissance. Cependant, fréquemment, ils argumentent en cette matière des textes du Digeste relatifs à l'action institoire. Si le mari est obligé c'est qu'il profite du commerce. « La femme marchande publique s'oblige et son mari ; aussi, s'il y a du gain et du profit dans le négoce de la femme, il tombe en la communauté, le mari en profite (1) ». Lebrun assimile l'hypothèse où la femme assiste le mari dans son négoce en qualité de commis, de facteur, et celle où elle gère un commerce distinct. « En l'un et l'autre cas, elle oblige le mari par corps, parce qu'étant maître de la communauté, c'est lui qui profite soit du commerce séparé de sa femme qu'il autorise, soit du commerce

(1) Renusson, Cté, 1re P., ch. VII, n° 43 (t. I, p. 52).

dans lequel elle lui sert de commis, et qu'il fait en son privé nom (1) ».

La conséquence c'est que le mari est, en réalité, commerçant. « Il est tenu de dettes que la femme a contractées touchant le fait et dépendances de la marchande publique, de même que s'il avait contracté lui-même la dette en qualité de marchand pour fait de marchandise (2) ».

La femme n'agit qu'en vertu du mandat qui lui a été conféré ; elle l'a représenté dans les actes qu'elle a accomplis ; il est naturel que les conséquences de ces actes se réalisent en la personne du mari.

81. J'éprouve cependant quelque hésitation à admettre que nos anciens auteurs, malgré la précision apparente de certains passages, aient professé une théorie aussi catégorique, aussi tranchée.

Je remarque d'abord qu'ils ne parlent jamais d'un mandat du mari : c'est à l'idée d'une préposition qu'ils ont recours pour expliquer les effets des actes commerciaux de la femme à l'égard de la communauté. Or qui dit préposé ne dit pas mandataire : la théorie de la préposition marque à Rome un progrès des idées juridiques, une évolution vers la théorie moderne du mandat. En réalité son rôle a été terminé du jour où le principe de représentation du mandant par le manda-

(1) Lebrun, Cté, l. II, ch. I, sect. I, p. 1. Adde, l. II, ch. II, sect. 2, § 7 et 8.

(2) Renusson, Cté, IIe P., ch. VI, n° 60 (t. Ier, p. 168).

taire a définitivement triomphé ; on ne conçoit pas en effet d'intermédiaire entre le mandat du droit civil et la commission du droit commercial ; que la personne du mandataire s'efface lorsqu'il a accompli l'acte juridique dont il avait été chargé ; qu'on n'en tienne pas compte en droit, et que le créancier puisse directement s'adresser au mandant, c'est une conception toute naturelle pour nous, qui était déjà celle de nos anciens auteurs. On comprend aussi que le mandataire s'obligeant personnellement n'offre au créancier que la garantie de sa solvabilité personnelle, c'est le mandat du droit commercial, la commission. Mais que le créancier puisse s'adresser indistinctement au mandant et au mandataire, comme cela avait lieu à Rome dans l'hypothèse d'une préposition, c'est ce qui me semble inadmissible. De deux choses l'une : ou le mandant a été représenté, ou il ne l'a pas été ; ceci ne peut dépendre du choix du créancier. En droit romain la situation particulièrement favorable du créancier tenait à la combinaison des règles du droit civil et du droit prétorien. En principe le préposé avec lequel il avait contracté était seul obligé. Par une faveur spéciale, le préteur lui permettait de s'adresser à l'*institor* contre lequel il donnait l'action née du contrat, *adjectitiæ qualitatis*. Tout se passait, en définitive, comme s'il n'y avait eu qu'un seul débiteur sous une alternative qui dépendait exclusivement de la volonté du créancier. Mais ceci s'expliquait en fait par

la mise en œuvre de deux principes étrangers l'un à l'autre, et même contradictoires.

82. Ma conclusion est que la théorie de la préposition est aujourd'hui sans application possible. Il n'en allait pas différemment dans notre ancien droit. Les auteurs l'invoquaient sans doute pour rendre compte des effets de l'autorisation maritale appliquée au négoce de la femme, mais ce n'était que *verbi gratia*, à titre d'exemple, et sans qu'ils aient attaché à ce rapprochement la valeur qu'on lui prête aujourd'hui.

Le mari est resté étranger au négoce de sa femme et cependant il est obligé. Son obligation a même étendue que s'il avait personnellement contracté. Il profite des bénéfices du commerce. Tout ceci n'implique-t-il pas un mandat donné à la femme de l'engager personnellement? Ce mandat, on le présume, sans doute, pour les actes courants de la vie, les dépenses du ménage : mais il n'engage pas l'épouse, tant qu'elle n'a pas excédé les pouvoirs qui lui étaient conférés. S'il en va différemment ici, c'est qu'elle agit pour son propre compte. Elle a le droit de charger la communauté de ses dettes, mais le mari reste étranger à leur formation. Je ne crois donc pas qu'on puisse le considérer comme commerçant, il ne fait pas sa profession habituelle des actes de commerce. C'est un simple bailleur de fonds qui, en fait, exercera souvent une profession libérale ou manuelle. S'il gère un négoce, il faut, qu'en tout cas, il reste étranger aux

opérations entreprises par la femme pour que celle-ci soit réputée négociante.

Nos anciens auteurs n'ont jamais affirmé en termes formels que le mari fût commerçant. Il est fort douteux que ce soit le sens exact du passage de Renusson que j'ai déjà cité. « Il est tenu des dettes que la femme a contractées touchant le fait et dépendances de la marchandise publique, de même que s'il avait contracté lui-même la dette en qualité de marchand pour fait de marchandise (1) ». De même Ferrière, sur l'art. 234 C^me^ de Paris, disait : « Le mari qui permet que la femme fasse un négoce particulier du sien est censé contracter (2). »

83. Je trouve une explication très précise de cette formule, qui a paru décisive en faveur de la théorie du mandat, dans un passage de Pothier qu'on ne semble pas avoir jamais invoqué. La femme peut disposer de sa part dans les biens communs conjointement avec son mari. Il en est ainsi « lorsque le mari dispose et

(1) Renusson, C^té^, II^e^ P., ch. VI, n° 60.

(2) Ce passage de Ferrière, cité par MM. Lyon-Caen et Renault (*Précis de Dr. comm.*, n° 194, note 3), ne se retrouve pas dans l'édit. de 1770. Il se trouve, au contraire, dans l'édition originale de 1714. Le voici dans son entier : « D'un autre côté on peut dire (à l'encontre de l'objection que la contrainte par corps est une loy pénale) que le mari qui permet que sa femme fasse un négoce particulier du sien est censé lui-même contracter puisqu'il le souffre pouvant l'empêcher et qu'il en tire le profit qui en peut revenir comme seigneur et maître des biens de la communauté : il est juste qu'il soit aussi sujet aux charges qui en peuvent provenir ».

contracte seul des biens de la communauté ; comme c'est en sa qualité de chef de la communauté qu'il est censé contracter, il est, en conséquence, obligé, tant pour lui-même que pour sa femme, et sa femme, quoiqu'elle ne soit pas présente ni nommée au contrat, est censée contracter avec lui pour sa part dans la communauté (C^té^, n° 498) ». Pothier se sert donc, ici, des mêmes termes que Ferrière ou Renusson. Or, personne n'a jamais soutenu que la femme dût être traitée comme commerçante lorsque le mari gérait un négoce pour le compte de la société conjugale. Et, cependant, en pareille hypothèse, « elle était censée contracter avec lui pour sa part dans la communauté », suivant l'expression de Pothier.

On s'explique, dès lors, l'opinion très motivée de Bourjon qui exposait la jurisprudence traditionnelle du Châtelet de Paris et la doctrine de Pothier. « La marchande publique non seulement s'oblige elle-même par lesdits contrats, mais elle oblige aussi son mari lorsqu'elle est commune. Étant marchande publique, dit l'art. 234, elle s'oblige et son mari touchant le fait et dépendances de ladite marchandise et même par corps. La raison en est que l'approbation que le mari est censé donner au commerce que sa femme fait à son vu et su renferme une approbation de tous les contrats qu'elle fait et une accession de sa part aux obligations qui en naissent ». Rien, dans ce passage, n'éveille l'idée d'un mandat du mari.

84. Au reste il est un ordre d'arguments qu'on n'a pas, en général, présenté et qui ne manque pas d'une certaine force. L'article 5 C. com. dispose que « elle (la femme) n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce du mari; elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé ». Cette disposition est traditionnelle, on la retrouve dans presque toutes les coutumes (art. 197 C^me^ d'Orléans, 235 C^me^ de Paris, 36 C^me^ de Calais). Quand la femme ne fait que débiter les marchandises dont son mari se mêle, elle agit en vertu d'un véritable mandat du mari. Or, ici, nos anciens auteurs s'expriment en des termes très différents : « Ce n'est pas elle qui est censée contracter, dit Pothier, elle ne fait que prêter son ministère (1). » « La femme qui ne fait que le commerce de son mari, dit Valin, n'est que factrice de son mari, et ne fait que le représenter comme un commis représente son maître (2). » Dans les pays de droit écrit on admettait aussi que *in omnibus mulier debet negotiari marito*. « Le sentiment contraire, dit Castellan, ne doit être suivi que lorsque la femme a négocié séparément et hors de la maison du mari (3). »

Il semble même que l'idée que la femme pouvait être

(1) Pothier, *Puissance du mari*, n° 20.

(2) Valin sur l'art. 23, C^me^ de la Rochelle, n° 105.

(3) Faber, l. IV, t. XIV, def. 41. Castellan, *Arrêts du Parlement de Toulouse*, l. IV, ch. V, § 17.

commerçante en même temps que le mari, gérer un négoce avec lui et comme son associée, ait été rejetée par nos anciens auteurs comme créant, entre les époux, une égalité incompatible avec l'autorité maritale. L'art. 235 C^me^ de Paris disposant « que la femme n'est réputée marchande publique qu'autant qu'elle fait marchandise séparée, et autre que celle de son mari », aurait donc posé une présomption absolue, irréfragable *juris et de jure*. C'est bien ce que semblait indiquer Valin dans un passage particulièrement précis et lucide de son commentaire sur l'art. 23 de la C^me^ de La Rochelle : « S'il n'y a pas à se méprendre sur la femme marchande publique, il faut bien s'entendre sur ce qu'est la femme qui se mêle du propre commerce de son mari. Ce n'est pas celle qui ne fait que vendre et débiter les marchandises de son mari. Il n'est pas douteux en pareil cas que la femme ne s'oblige pas. « C'est celle à qui le mari souffre de faire des achats, accepter ou tirer les billets et lettres de change comme lui ». En un mot, celle que le mari associe à tout son commerce (1). »

Comment dès lors admettre qu'on ait pu considérer le mari et la femme comme commerçants tous les deux, comme associés par conséquent, dans l'hypothèse où la femme gérait un négoce distinct? Si le mari avait été négociant, la femme ne l'eût pas été, les deux idées s'excluaient.

(1) Valin, sur l'art. XXIII C^me^ de la Rochelle, n^os^ 96 et ss. (t. I, p. 533 et ss.).

L'argument traditionnel écarté, la théorie si brillamment défendue par M. Thaller ne se trouve plus en présence que des textes du régime de communauté. Elle ne semble pas devoir y trouver grand appui. Nous avons déjà relevé les termes dont se servaient les articles 1426 C. civ. ou 5 Code com.; ils ne tranchent pas par un tour spécial dans la terminologie générale du titre du contrat de mariage. Si elle est fondée, la théorie, si importante, si caractéristique qui fait du mari un mandant au nom et pour le compte duquel les affaires ont été traitées, n'y a laissé que bien peu de traces.

§ II. — Discussion théorique.

85. On insiste cependant, et, en faveur de l'idée du mandat, on invoque deux raisons qu'on dit déterminantes. Si l'on recherche d'abord avec quelles valeurs la femme peut faire le commerce sous le régime de la communauté, on est frappé de ce fait qu'elle devra toujours emprunter au mari les capitaux qui lui sont nécessaires (1).

Cela va de soi sous le régime de communauté légale, puisque tous les biens mobiliers des époux sont compris dans la masse commune, et, au fond de toute opération

(1) Boistel, *Précis de Dr. commercial,* IIIe édit., p. 75, n° 100.

commerciale, on trouve une spéculation sur des valeurs mobilières.

Il se peut que la communauté soit plus restreinte, que la femme réalise les opérations de son négoce avec des valeurs qu'elle s'est constituées propres. Dans cette hypothèse le commerce est encore fait avec des valeurs communes au moins pour la jouissance. Encore faut-il qu'il ne s'agisse pas de choses consomptibles et soumises à un quasi-usufruit, de sommes d'argent notamment, car la communauté en serait seulement débitrice.

Supposons que la femme se soit réservée l'administration et la jouissance de certains biens ; si elle les affecte à son négoce à l'exclusion de tous autres, la société conjugale semble devoir rester étrangère aux opérations commerciales. Il n'en est rien, toutes les acquisitions que la femme fait pour son commerce, tous les bénéfices qu'elle en retire tombent en communauté : elle ne peut continuer son négoce qu'autant qu'elle en conserve la libre disposition. Ici encore elle intervient dans l'administration de valeurs communes : ce ne peut être qu'en vertu d'un mandat du mari. Cette solution semble, au premier abord, contestable. Les gains commerciaux sont, dans une certaine mesure, les fruits des biens dont la femme s'est réservé la jouissance. Ce sont aussi et surtout les produits de son travail, de son activité personnelle. Or l'industrie de l'un des époux ne constitue pas un propre dont la communauté ait la jouissance ; c'est une mani-

festation de sa personnalité qui forme une valeur insusceptible d'aliénation. Il ne s'ensuit cependant pas que la société conjugale ne recueille point les bénéfices du commerce : tout ce qu'on en peut conclure c'est qu'elle ne les acquiert pas en tant que gains commerciaux, mais en vertu de cette règle générale que tout ce qui profite à l'un des époux mobilièrement profite à la masse commune.

Dans cette hypothèse donc, la femme conservant la gestion des économies réalisées dans son négoce, on peut faire intervenir l'idée d'un mandat du mari. Il n'en serait plus de même si le fonds de commerce lui-même avait été exclu de la communauté, l'administration en ayant été réservée à l'épouse. Il faut pour cela supposer le commerce préexistant au mariage. En pareil cas les gains industriels ne tomberaient pas en communauté parce que ce sont des accessoires du fonds de commerce. Tout se passerait alors comme dans l'hypothèse de séparation de biens ; non seulement les bénéfices, mais les pertes resteraient propres à l'épouse.

86. Au contraire, si, le fonds de commerce ayant été déclaré propre, la femme ne s'en était point réservé l'administration et la jouissance, les bénéfices comme les dettes tomberaient en communauté, peut-être dans une certaine mesure, sous réserve de récompense, car il s'agirait d'un enrichissement provenant d'un propre. En tout cas, la femme n'aurait pu, dit-on, agir que comme mandataire du mari. J'avoue que j'ai des

doutes sérieux sur le bien-fondé de cette solution. Elle nous ramène au fond même du débat, et comme l'hypothèse qu'elle présente est particulièrement nette, je m'en servirai pour tout le reste de la discussion. La femme était commerçante avant le mariage, le fonds de commerce, c'est-à-dire l'ensemble des valeurs mobilières affectées au négoce, tombe en communauté. Après le mariage la gestion en est continuée par la femme, qui cependant ne s'en était réservé, ni la jouissance, ni l'administration. De ce chef elle intervient dans l'administration du patrimoine commun, contrairement aux principes essentiels du régime (art. 1388). Ce ne peut être qu'en vertu d'un mandat marital.

Le mari est obligatoirement chef de la communauté : la femme ne peut donc exploiter l'établissement commercial qui est partie intégrante de la masse commune, en son nom personnel. La conclusion s'impose-t-elle ? La gestion d'un négoce dépasse de beaucoup la mise en œuvre des valeurs qui y sont affectées ; il y entre un élément très personnel : l'activité, l'habileté professionnelle du négociant. C'est lui qui assure en grande partie le crédit de l'établissement. Or, ici, le négociant, c'est la femme. C'est avec elle que les tiers ont traité. C'est elle aussi qui a la direction exclusive des affaires : au point que le mari ne saurait s'y immiscer et qu'il est investi seulement d'un droit de contrôle, du droit de mettre fin au commerce en provoquant la liquidation de l'établissement. Voilà pourquoi la femme est cer-

tainement tenue *proprio nomine*. Voilà pourquoi je serais disposé à admettre qu'elle ne représente pas le mari quand elle traite avec les tiers.

On peut pousser l'analyse juridique plus loin. Est-il exact d'affirmer qu'en lui remettant cet ensemble de valeurs qui constituent le fonds de commerce, le mari ait entendu confier à son administration une fraction divise de la communauté ? MM. Lyon-Caen et Renault indiquent, sans la développer, une idée différente. C'est à titre de prêt que les sommes nécessaires à la mise en œuvre et au fonctionnement du négoce lui ont été remises (1).

En elle-même, cette conception n'a rien de contraire aux principes; qu'un prêt de consommation, qu'un prêt à usage soient possibles entre époux communs en biens, c'est ce que je serais disposé à admettre. La règle d'immutabilité des conventions matrimoniales n'en est nullement atteinte, parce que du moment que le mari s'en est dessaisi à titre de prêt, les valeurs communes perdent ce caractère.

87. La question vaut cependant qu'on la serre de plus près. Il est de principe que la communauté comprend l'universalité des meubles des époux. Or, pourrait-on dire, la volonté du mari, dans l'espèce, est impuissante à en faire sortir les valeurs qui constituent l'établissement commercial. Ces valeurs, passant dans

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de Dr. commercial*, t. I, n° 267.

le patrimoine de la femme, n'y séjourneraient qu'un instant de raison ; elles rentreraient aussitôt dans la masse commune. Je ne crois cependant pas ce raisonnement exact. L'application des principes ne fait pas obstacle à ce que l'un des trois patrimoines en présence fasse des avances aux autres et soit de ce chef leur créancier. C'est ainsi que la femme peut avoir contre la communauté une créance, sinon exigible, au moins susceptible d'un paiement actuel par voie de remploi. On ne fait pas intervenir l'idée d'une compensation paralysant, au moins dans son exercice, le droit de l'épouse.

Il n'est donc point contraire aux principes de la considérer comme débitrice de la société conjugale à raison des valeurs qui lui ont été prêtées. J'ajoute que ces valeurs sont essentiellement fongibles : elles ne portent pas la marque de leur provenance, rien n'indique qu'elles constituent une fraction de la masse commune. Le droit du mari se réduit donc à une reprise en valeur. Ceci même nous éloigne de l'idée de mandat.

88. On nous objecte qu'il serait sans doute possible de considérer le mari comme un simple bailleur de fonds si la femme gérait le commerce pour son propre compte. Mais, en fait, elle agit pour le compte de la communauté qui recueille en définitive les bénéfices. C'est le deuxième ordre d'arguments que j'avais signalé. Il a d'autant plus de valeur qu'il était le thème favori de nos anciens auteurs. Il est juste, disaient-ils en général, que le mari soit tenu puisqu'il profite du

commerce dont l'émolument entre dans sa communauté. Mais on prête à leur raisonnement sur ce point plus de valeur qu'ils ne lui en attribuaient. C'était là un simple argument d'équité. En droit il importe peu de savoir qui bénéficie d'une obligation. On n'a égard qu'à la personne du stipulant qui s'est obligé envers le créancier a fournir l'équivalent des valeurs prêtées. Pourquoi le principe, vrai en matière civile, cesserait-il de l'être ici ?

D'ailleurs, nous ne nous préoccupons pas de savoir si la communauté est obligée, elle l'est certainement ; si même elle retire un certain bénéfice indirect des opérations commerciales, ce qui est évident. Nous recherchons si le commerce est directement géré pour le compte de la communauté de telle sorte que ce n'est ni le mari ni la femme qui sont négociants à proprement parler, ce sont les époux comme associés. Somme toute, ne se forme-t-il pas, à côté et dépendamment de la communauté, une véritable société commerciale très semblable à une société en nom collectif, qui recueille profits et pertes du négoce ?

Nous ne le pensons pas ; si la communauté profite du commerce de la femme, ce n'est que médiatement. Les bénéfices du négoce sont avant tout les produits du travail, de l'industrie propre de la femme. L'activité, l'industrie personnelle de l'un des époux constitue sans doute un bien au sens large du mot, une richesse. Ce n'est pas un bien au sens juridique et

strict, une valeur susceptible d'aliénation et pouvant tomber, comme mobilière, en communauté, au moins pour la jouissance (1). Par conséquent la société conjugale ne recueillera pas les bénéfices du commerce en tant que gains commerciaux, en tant que produits de l'activité de la femme, mais comme des valeurs mobilières quelconques, en vertu de cette règle que la communauté comprend, en principe, toutes les acquisitions mobilières des époux. Ce n'est donc en somme qu'indirectement, médiatement, que ces bénéfices tomberont en communauté : ils auront été avant tout acquis à la femme et auront figuré un instant de raison dans son patrimoine.

Cet argument, on ne le présente, en général, que sous le régime exclusif de communauté où il joue un grand rôle, puisqu'il conduit à refuser au mari tout droit aux bénéfices réalisés par la femme dans son commerce, tant qu'ils n'ont pas été capitalisés. On le soustrait ainsi à l'obligation de payer les dettes du négoce qu'on considère, parfois, comme une charge de sa jouissance. Sous le régime de communauté légale, le raisonnement conserve toute sa valeur, puisque, les bénéfices du négoce ne figurant pas en cette qualité dans l'actif social, il n'est

(1) *Contrà,* trib. civ. Seine, 17 décembre 1869. *Le Droit,* 18 déc. 69. En ce sens, Demolombe, IV, 315 et 316. Lyon-Caen et Renault, *Traité de Dr. comm.,* I, n° 261, p. 242. Guillouard, t. III, n° 1660 ; Aubry et Rau, V, 531, texte et notes 18 et 19, p. 515 et 516 ; Colmet de Santerre, VI, 200 bis, II ; Thaller, *R. cr.*, 1883, p. 62.

pas vrai de dire que le commerce est géré pour le compte de la communauté. La femme est donc seule négociante : elle agit dans son intérêt personnel. Il n'est pas besoin de recourir à l'idée d'un mandat du mari.

89. Cependant, il est permis de regretter que les textes de notre droit soient sur ce point aussi peu précis ; l'intervention du législateur serait désirable. Dans le projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne, la question a été formellement tranchée dans le sens que nous avons adopté. En cas de faillite de la femme, sous le régime de communauté universelle, les biens de la communauté restent en dehors de la masse (article 1361), et cela bien que le mari soit personnellement tenu de celles des dettes de la femme qui tombent en communauté (article 1359). Le Code de commerce allemand de 1860, article 8, décidait déjà que le mari ne pourrait opposer aux créanciers son droit de jouissance sur les propres de la femme, mais il réservait à la législation locale de statuer à l'égard des biens personnels du mari. La même solution est consacrée par le Code fédéral de commerce suisse de 1881 (art. 35). Le Code de commerce espagnol et les Codes italiens de 1865 (art. 8) et de 1882 (art. 13) admettent, au contraire, que les biens personnels du mari ne répondent pas des obligations commerciales de la femme. Les créanciers n'ont donc action que sur la pleine propriété des biens de leur débitrice.

Le Code de commerce belge (art. 10, l. 15 décembre

1872 sur les commerçants) a conservé la disposition de notre article 1426.

En somme, il y a partage en législation sur l'étendue du recours que peuvent exercer contre le mari les créanciers de la femme négociante, mais il semble admis sans conteste que le mari n'est pas considéré comme commerçant lui-même. Là, toutefois où le régime de la faillite est applicable aux non-commerçants, son patrimoine et les biens communs pourront être liquidés d'après les règles de la faillite. Le principal intérêt de la controverse disparaît.

CHAPITRE III

DE QUELQUES APPLICATIONS PRATIQUES DE L'IDÉE DE MANDAT.

90. Ayant ainsi écarté l'idée que le mari est commerçant et que la femme a été constituée son mandataire pour la gestion du négoce, je voudrais mesurer l'étendue pratique du dissentiment qui sépare la théorie du mandat de celle que nous avons adoptée. Elle est peut-être moins grande qu'on ne le professe habituellement.

§ I. — De la situation créée entre époux par l'entreprise commerciale.

Nous croyons avoir démontré qu'on pouvait, à la rigueur, considérer le mari comme obligé commercialement. Les intérêts pratiques ne sont du reste pas très marquants : compétence de la juridiction consulaire, contrainte par corps avant la loi de 1867. C'est une concession faite à la tradition très précise de notre ancienne jurisprudence.

91. Où le dissentiment commence, c'est quand il s'agit de rendre compte de la généralité de l'autorisation

et de rechercher si, à défaut du mari, la justice peut habiliter la femme à entreprendre un négoce. La théorie de l'autorisation mandat suppose, à côté du mandat, et s'incorporant à lui, un cautionnement solidaire de la femme sur ses propres. Comment cette opération est soustraite à la nécessité de l'autorisation spéciale, c'est ce qu'il est assez difficile d'expliquer. « On ne comprend pas, dit M. Thaller, qu'elle ait échappé aux formes dont seul le mandat est exempté. L'attention de nos anciens auteurs ne s'est sans doute pas portée sur ce point. »

Mais est-il vrai que le caractère tacite et général de l'autorisation maritale appliquée au commerce de la femme s'explique exclusivement par l'idée de mandat ? Déjà Beaumanoir posait en principe que la femme gérant un négoce échappait à la puissance du mari. La raison en est toute pratique : « parce que moult de bone gent seroient honnis qui bailleroient le lor à teles manières de femes. » Si la théorie du mandat ne rend que très insuffisamment compte de cette règle, c'est que l'origine en est sans rapport avec elle.

Elle explique au contraire fort bien que la justice ne puisse en principe, et à défaut du mari, habiliter la femme à entreprendre un négoce. Cette solution, nos tribunaux se refusent à l'admettre ; elle résulte, à mon sens, de ce que l'entreprise commerciale suppose de la part de la femme, sous notre régime, appropriation de valeurs communes qui ne se comprendrait pas sans la volonté du mari.

92. J'ai déjà déterminé quelle était la nature de cette appropriation et je n'y reviens pas. Mais où je crois la théorie du mandat criticable, c'est en tant qu'elle conduit à décider que la femme ne peut entreprendre ou continuer un négoce déjà entrepris, si le mari est absent ou interdit. Les tribunaux, même dans cette hypothèse, n'auraient point, dit-on, le pouvoir de l'habiliter. Tout dépend de savoir à quelles conditions la loi permet l'ingérence de la femme dans le patrimoine commun. Or, nous avons des textes (art. 1427, 2126 C. civ.) permettant l'aliénation, l'hypothèque ; aucun ne permet à la femme d'entreprendre le commerce pour le mari absent. C'est que, dit-on, la loi est opposée à l'exercice du commerce par mandataire légal. C'est ainsi que le mineur émancipé peut être habilité à gérer un négoce, le tuteur ne saurait en être chargé pour le compte du pupille. Aussi s'explique-t-on que la femme, lors même qu'elle est tutrice du mari interdit, ne puisse consacrer à des opérations commerciales les capitaux de la communauté.

Ceci est fâcheux en pratique et ne s'impose pas dans notre système. Puisque la femme spécule avec des valeurs qui lui sont remises à titre de prêt, il s'agit d'un véritable placement des capitaux communs que la justice peut fort bien autoriser dans l'espèce. Cette autorisation ne sera même pas nécessaire dans l'hypothèse suivante : Un commerce entrepris par la femme est en pleine prospérité, le mari vient à être en état d'absence

ou d'interdiction : s'il y a mandat, ce mandat cesse, car la volonté persistante du mandataire fait défaut : la femme ne peut continuer son négoce, ce serait une ingérence dans l'administration de biens sur lesquels la loi lui refuse toute action. Par suite, nécessité immédiate d'une liquidation, également désavantageuse pour les époux et pour la communauté. Nous n'éprouvons point de difficulté à répudier cette conséquence. S'il y a prêt, ce prêt continuera à produire effet, bien que la volonté du mari vienne à faire défaut, parce qu'il a été consenti pour une durée indéterminée, tant que l'autorisation ne serait pas révoquée.

93. Cependant il reste à se demander si, dans cette hypothèse, la femme pourra, sans la volonté persistante du mari, grever de ses dettes commerciales la société conjugale. Il ne suffit pas de dire que les bénéfices du négoce continuent d'y tomber : l'obligation de la communauté n'a pas pour principe le seul enrichissement de la masse commune. Elle suppose le consentement du mari : à cet égard, s'il n'y a pas mandat donné à la femme de gérer le négoce pour le compte de la société conjugale, n'y a-t-il pas au moins mandat de l'obliger ? Je ne le crois pas et j'entends à la lettre les termes de la loi. La femme agit sans le consentement du mari : en réalité, il y a dérogation essentielle, fondamentale aux principes du régime ; elle acquiert une véritable indépendance dans la sphère des opérations commerciales. Incapacité générale de s'obliger, incapacité spé-

ciale d'engager les biens communs, tout cela disparaît pour elle : non irrévocablement, puisque le mari reste maître de retirer son autorisation, mais dans une large mesure, puisque le retrait d'autorisation ne vaut que s'il est opportun. C'est la reconnaissance implicite que le négoce compromet les intérêts généraux du ménage, c'est aussi, sous le régime de communauté, le retrait des valeurs prêtées ; mais, on comprend qu'il faille à cet égard, une affirmation formelle, une déclaration expresse de la volonté du mari ; son incapacité survenue postérieurement serait insuffisante. Je serais donc très disposé à admettre que dans cette hypothèse la femme restera maîtresse d'obliger la communauté ; il en serait différemment, en thèse générale, au cas de simple autorisation de justice.

94. Quelle que soit, à ces divers points de vue la valeur de la théorie du mandat, l'idée essentielle qui s'en dégage et la résume, c'est que le mari est commerçant. C'est à cet égard que les différences s'accentuent avec notre système et que le développement de la thèse de M. Thaller conduit à une conception très originale des rapports qui s'établissent entre époux.

Comme tout négociant, le mari doit payer patente. La femme y est également astreinte, bien qu'elle n'agisse pas pour son propre compte, qu'elle ne soit qu'une caution solidaire. On s'explique mal qu'on la considère comme faisant sa profession habituelle des actes de commerce, mais, sur ce point, les précédents ne laissent

pas de doute. On peut trouver des décisions de jurisprudence confirmant en cette matière la théorie de l'autorisation mandat (1). Mais les arrêts du Conseil d'Etat les plus récents décident que la patente, étant personnelle, ne peut être portée au rôle du mari : celui-ci peut seulement, comme chef de la communauté, être tenu de la payer pour le compte de sa femme (2).

95. Cependant on invoque des textes spéciaux. En réalité, sous le régime de communauté, lorsque la femme gère un négoce avec l'autorisation générale du mari, elle n'agit pas uniquement au nom de celui-ci, mais aussi pour son compte personnel en tant que commune. Il y a donc deux négociants également imposables qui font le commerce comme associés en nom collectif. On doit par suite leur faire application de l'article 20 de la loi du 15 juillet 1880 sur les associés secondaires dans les sociétés en nom collectif : « Dans les sociétés en nom collectif, l'associé principal paie seul la totalité du droit fixe afférent à la profession. Le même droit est divisé en autant de parts égales qu'il y a d'associés en nom collectif et une de ces parts est imposée à chaque associé secondaire ». Cette disposition semble d'autant mieux applicable en l'espèce que l'art. 19 de la loi reproduisant l'art. 15 de la loi du 25 avril 1844 dispose que « le mari et la femme séparés ne doivent qu'une patente, à moins qu'ils n'aient des établissements dis-

(1) P. J. adm. XIII. 782. XV. 354.

(2) Publ. J. adm. L. 709 (9 août 80), LVIII. 965 (14 déc. 88).

tincts ». Or, dit-on, ce qui pouvait être douteux sous le régime de séparation de biens, l'est, *a fortiori*, sous celui de communauté. Par conséquent la loi ne peut avoir disposé que par voie d'exclusion : elle implique que deux patentes sont dues par les époux communs en biens, alors même qu'ils n'ont pas d'établissements séparés, c'est-à-dire dans l'hypothèse où la femme seule fait le commerce.

96. Je ne crois pas que tel soit le sens de ce texte. Sous le régime de séparation de biens, il pouvait y avoir difficulté d'appliquer la disposition de l'article 5, 2e al. C. com. La règle : « la femme n'est réputée marchande publique qu'autant qu'elle gère un commerce séparé », bien que formulée en termes généraux, aurait pu ne sembler applicable qu'au seul régime de communauté dont le texte paraît surtout s'occuper. Dans l'ancien droit, c'est à l'occasion de ce régime qu'elle avait été développée : elle s'expliquait par la dépendance, particulièrement étroite de l'épouse, à qui l'administration et la jouissance de ses propres étaient retirées. Il était naturel d'admettre, lorsqu'elle prenait une initiative quelconque, que c'était à titre de mandataire du mari. Sans doute, sous le régime de séparation de biens, sous le régime dotal on décidait, en principe, que *mulier debet negotiari marito*. Mais il était permis d'hésiter. La femme ne pouvait-elle pas agir pour son propre compte lorsqu'elle coopérait au négoce du mari ? L'art. 19 (L. 23 juillet 1880) vient décider qu'il n'en est rien.

Dans cette hypothèse même, l'art. 5, 2e al. C. com., reste applicable : la femme n'est qu'une préposée du mari.

97. Il reste cette idée que les époux sont associés en nom collectif. J'avoue que cette conséquence de la théorie du mandat me semble moins que toute autre acceptable. Pour être conséquent, il faudrait admettre que lorsque le mari gère personnellement un négoce, comme il agit pour le compte de la commmunauté, il y a également constitution d'une société commerciale. Sans doute, ce n'est pas une société en nom collectif, ce ne peut être qu'une commandite dont le mari est constitué gérant, « puisque la direction de l'association lui est réservée, et qu'il répond sur tous ses biens des engagements collectifs contractés au cours de la société : la femme a toutes les apparences d'un commanditaire, qui, en principe du moins, ne peut pas s'immiscer et ne subit les conséquences du passif social que jusqu'à concurrence de son apport ou de l'émolument recueilli après liquidation (Thaller, *Rev. crit.*, 1883, p. 37). »

M. Thaller reconnaît lui-même le peu de solidité de cette conception et ne prétend point l'ériger en système. C'est qu'ici, l'accord préalable, nécessaire à la constitution de toute société, fait défaut, car le mari n'a pas dû obtenir le consentement de la femme pour entreprendre le commerce. La femme n'est donc pas commerçante : si elle intervenait comme caution du mari à l'occasion d'une des opérations du négoce, elle ne pourrait être,

de ce chef, traduite devant la juridiction consulaire. (En ce sens, Dijon, 23 nov. 1881, P. 82, I, 439).

98. Je souscris volontiers à cette décision ; en réalité, l'on s'égare en tentant de qualifier ainsi des hypothèses qui n'ont pas d'équivalent dans le droit commun. Sans doute, lorsque la femme entreprend un commerce avec le consentement du mari, les apparences peuvent laisser croire qu'on se trouve en présence d'une véritable société en nom collectif, « à cela près que l'accord des parties peut résulter d'une convention verbale ou d'une tolérance tacite, qu'une raison sociale fait défaut et que les biens sociaux, au lieu d'être délimités dès le début, présentent la plupart du temps une consistance variable, le mari se réservant de bailler à la femme des fonds nouveaux ou de lui dégarnir les mains suivant le cours que l'exploitation prendra ». A part ces différences qui n'entament pas les principes, le résultat est le même que si les parties avaient rédigé un acte écrit, déclaré soumettre le fonds commun à une direction centralisatrice, accepté la responsabilité solidaire sur leurs propres, constitué, en un mot, une véritable société en nom collectif (1).

Je crois, en effet, les deux hypothèses très analogues : une chose fait seulement défaut dans un cas, qui se retrouve dans l'autre, mais elle est essentielle, c'est l'*affectus societatis*. Oui, il y a eu accord de volontés

(1) Thaller, *Rev. crit.*, 1883, p. 35 et 36.

entre les époux, mais ce que je conteste, ce qu'il faudrait établir, c'est que cet accord de volontés ait eu pour objet de créer entre eux une société. J'admets, à la rigueur, que l'intention des parties, formellement exprimée, eût été efficace : la jurisprudence la considère comme inopérante et son argumentation, sous le régime de communauté, trouve, dans le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395 C. civ.), une base très solide. Mais, si la convention laisse entier le droit de renonciation de la femme, si la répartition des bénéfices est régie par les règles du contrat de mariage, alors aucun principe fondamental du régime n'étant atteint, la société sera valablement constituée. Il y a là, toutefois, quelque chose d'anormal, qui ne s'impose pas à défaut de convention expresse.

Il faut, en effet, poser en principe que la femme agit pour son propre compte : les bénéfices qu'elle réalise ne tombent pas directement en communauté. Ce sont les produits de son travail, de son industrie, ce ne sont pas les fruits d'un propre. Il s'ensuit que la société conjugale ne peut les acquérir que médiatement : ils doivent avoir figuré, au moins un instant de raison, dans le patrimoine de l'épouse, avant d'être versés dans la masse commune, qui ne les perçoit que de seconde main, en vertu de ce principe, que toutes les acquisitions mobilières de l'un des époux profitent également à l'autre. Le mari ne nous apparaît donc que comme un bailleur de fonds qui fournit les capitaux nécessaires à l'entre-

prise et intervient pour offrir aux créanciers la garantie du patrimoine commun. Il n'est donc pas négociant, il ne prend point part dans les bénéfices du négoce : ce ne peut être un associé, car l'*affectus societatis* lui fait défaut et on ne le présume pas.

99. Il n'y a donc pas création d'une société commerciale, par suite d'un être juridique distinct des époux et jouissant de la personnalité. Reconnaître la personnalité morale à la communauté, ou tout au moins à l'ensemble des valeurs qui sont affectées à l'entreprise et sur lesquelles les créanciers du négoce seront payés par préférence, c'est ce à quoi voudrait aboutir la théorie de l'autorisation mandat, c'est ce que tout le monde reconnaît désirable en pratique. On se heurte ici à des principes absolus dont il faut bien tenir compte. La création d'une société commerciale douée de la personnalité exige, en effet, la rédaction de statuts, en indiquant les clauses essentielles, une certaine publicité dans les formes légales donnée à ces statuts pour avertir les tiers. Ici il n'y a rien en pratique, il ne peut rien y avoir qui satisfasse à ces exigences. Jamais l'acte d'autorisation ne recevra une publicité si étendue, jamais il ne contiendra les mentions que requiert la loi des sociétés ; à moins qu'on se trouve en présence d'une convention expresse, intervenue entre les époux à l'effet de créer une société commerciale. Mais c'est alors un ordre d'idées tout différent.

Il est vrai que le Code de commerce (art. 67, 68),

prescrit une certaine publicité du contrat de mariage lorsque les époux sont commerçants. Mais ce qui est rendu public, c'est seulement le régime matrimonial adopté. La sanction de cette obligation est du reste problématique : elle réside sans doute en ce que les clauses dérogatoires au régime de communauté sont inopposables aux créanciers, les clauses de dotalité particulièrement.

Cette publication n'indique point à quel moment le commerce est entrepris, ni quand il prend fin, quels biens il comprend, quelles valeurs peuvent être affectées à la garantie spéciale des créanciers. Du reste, la forme en est essentiellement différente de celle que prescrit la loi des sociétés. Un extrait du contrat de mariage est affiché pendant un an dans l'auditoire du tribunal civil et du tribunal de commerce du domicile de l'époux négociant. Pareil extrait doit être inséré aux tableaux placés dans les chambres d'avoués et de notaires de l'arrondissement. Ceci peut être considéré comme équivalent au dépôt, au greffe du tribunal de commerce et de la justice de paix, de l'acte de société. Mais la loi des sociétés prescrit une autre formalité plus particulièrement efficace et pratique, c'est la publication d'un extrait de l'acte constitutif dans les journaux d'annonces légales. Les articles 67 et 68 C. com. n'en exigent pas autant.

Aucune assimilation n'est donc possible, et quant au fond et quant à la forme de la publicité, entre les deux hypothèses.

§ II. — Liquidation de l'établissement

100. Il faut, dès lors, renoncer à l'idée qu'il se constitue entre les époux une société commerciale jouissant de la personnalité. Cependant n'y a-t-il pas quelque injustice à admettre que les créanciers personnels du mari et les créanciers de la communauté puissent se payer sur les valeurs affectées au commerce en concours avec les créanciers de la femme. Déjà Savary reconnaissait à ces derniers un droit de préférence (1). Il est intéressant de rechercher comment il le justifiait. Le droit commun est que le mari peut disposer à son gré des meubles de la communauté ; il est sans doute applicable aux marchands et négociants dont les femmes ne font pas d'autre commerce que celui de leur mari. Mais il n'en doit pas être de même à l'égard d'une femme qui fait un autre commerce de marchandises que celui de son mari. « Au contraire le mari de cette marchande publique ne peut, en façon quelconque, disposer de la marchandise, ni des dettes actives, ni de tout ce qui dépend du fait de la dite marchandise dont elle se mêle, sans le consentement de la dite femme. »

« Premièrement, parce que les marchandises achetées par la femme marchande publique et les dettes actives qu'elle a faites et créées pour raison de son commerce

(1) Savary Parère, XXXIV, quest. 3. En ce sens Pardessus, I. 69. Molinier. I. 183. Bédarride. I. 137. Beslay. I. 390.

sont des effets mobiliaires qui sont séparés et qui ne sont point confus avec ceux qui sont faits et créés par son mari, sur lesquels effets il n'a aucune puissance... Secondement, parce que les dites marchandises et dettes actives sont un gage public... autrement il n'y aurait aucune sûreté de traiter et commercer avec une femme marchande publique. Troisièmement, non seulement le mari de la femme marchande publique ne peut prendre, vendre, engager, transporter ni disposer des marchandises et autres choses dépendantes du commerce... mais elle n'y doit même pas consentir. »

C'est que « le mari pourrait prendre sa marchandise... et lui faire consentir par force, violence et mauvais traitements, à faire à son profit des cessions et transports de ses dettes actives et autres effets dépendants de son commerce. » (Savary Parère, XXXIV, p. 3).

101. L'idée essentielle qui se dégage de ce texte c'est que les valeurs remises à la femme échappent d'une façon absolue à l'action du mari. Il ne peut en disposer ni directement par voie d'aliénation, ni indirectement en contractant des obligations : elles sortent de son patrimoine même au regard des créanciers antérieurs à l'entreprise commerciale. On dit communément que Savary ne justifie sa doctrine que par des considérations d'utilité pratique, de grande valeur peut-être, mais suffisantes seulement en législation. Je crois, au contraire, sa théorie très juridiquement établie. Les valeurs remises à la femme sont des effets séparés, c'est

dire qu'elle ne les détient pas en tant que partie intégrante du patrimoine commun. C'est précisément le contrepied de la théorie défendue par M. Thaller. Reprenons l'idée qu'il y a un véritable *mutuum*, prêt de consommation consenti à la femme. Celle-ci devient débitrice d'une certaine somme ; mais sur les valeurs prêtées, le mari n'a plus de droits, elles ne comptent plus, ni dans son patrimoine, ni dans le patrimoine commun ; elles y ont été remplacées par une créance contre la femme. Quant aux tiers envers lesquels le mari s'est obligé avant que le commerce fût entrepris, s'il y a eu fraude, ils pourront invoquer l'article 1167, mais ils n'ont pas de droit de suite qui leur permette de les saisir entre les mains de la femme. De même, aux créanciers envers lesquels il a pu s'obliger depuis le prêt consenti à la femme, le mari n'a pu conférer de droits sur des valeurs dont il ne pouvait disposer ni directement, ni indirectement, et qui, au regard de ces tiers ne figuraient plus dans son patrimoine.

Si donc, les affaires de la femme périclitent et se terminent par une faillite, ses créanciers se paieront, de préférence à ceux du mari, sur les biens affectés au commerce. Sans doute, le mari est lui-même créancier de la faillite à raison des capitaux qu'il a fournis pour la mise en œuvre du négoce, ses créanciers personnels peuvent exercer, en son nom, l'action de l'article 1166. Ils ne viendront cependant pas en concours avec ceux

des créanciers de la femme dont le titre se rattache au négoce, parce que le mari est obligé envers eux à la même dette, et par là même tenu de ne pas compromettre leur recours.

102. On peut objecter qu'il lui est loisible de reprendre les valeurs prêtées, que, par suite, il doit être libre d'en disposer. Ceci n'est pas absolument exact : la révocation du prêt ne peut résulter que du retrait de l'autorisation arrêtant le cours du commerce. Encore ne doit-elle pas être arbitraire. Mais, à la supposer régulièrement faite, elle entraînera une liquidation dans laquelle le conflit que nous avons prévu s'élèvera entre créanciers personnels du mari et créanciers de la femme. Le retrait de l'autorisation ne saurait rétroactivement effacer les conséquences qui en sont résultées et ne peut empêcher que la femme ait eu en fait, dans le passé, la gestion et la disposition exclusives des valeurs affectées au négoce.

Les droits des tiers qui ont traité avec elle, antérieurement, en considération du crédit de l'établissement commercial, ne peuvent en souffrir. Mais il n'est soumis à aucune condition de forme, et, par cela seul qu'il a été fait en temps opportun, alors même qu'il n'aurait pas été rendu public, il est opposable aux tiers pour l'avenir. Les créanciers qui traiteraient avec la femme postérieurement ne pourraient donc actionner ni le mari, ni la communauté ; ils ne sauraient, *a fortiori*, invoquer un droit de préférence sur les valeurs qui for-

maient le fonds de commerce, à l'encontre des créanciers personnels du mari.

103. Ceci peut paraître dangereux en pratique : des fraudes seraient possibles. Les avances faites à la femme lui étant retirées par un acte laissé secret, celle-ci n'en continuerait pas moins à gérer son négoce. Il faut donc bien s'entendre sur ce qui constitue le retrait d'autorisation. Or, ce retrait ne peut exister séparément, indépendamment de la reprise par le mari des valeurs prêtées. Il faut donc qu'il se manifeste par la cessation du commerce et la liquidation de l'établissement. Sans cela, la volonté du mari sera purement et simplement platonique, elle restera à l'état de projet non suivi d'exécution. Or, sur le point de savoir si la femme est ou non restée préposée au négoce qu'elle avait entrepris, il ne pourra s'élever de doutes pour les tiers : ce sont là des faits publics, avérés de tous.

Je ne crois donc pas qu'il soit nécessaire, au point de vue pratique, d'exiger la même publicité que lorsqu'il s'agit de la dissolution d'une société (art. 42 et s^ts^ C. com., ou mieux art. 55 et s^ts^ L. 24 juillet 1867, auxquels renvoie l'article 61 disposant que tous actes et délibérations ayant pour objet... la continuation de la société au-delà du terme fixé pour sa durée, sa dissolution avant ce terme et le mode de liquidation, tout changement ou retraite d'associés, etc... sont soumis aux formalités et aux pénalités prescrites par les art. 55 et 56). Il est tel auteur qui requiert cette publicité

sans cependant admettre la théorie de l'autorisation du mandat (1). Elle ne s'impose vraiment que si l'on considère, avec M. Thaller, qu'il y a, entre les époux, constitution d'une véritable société en nom collectif. Alors elle sera nécessaire pour dessaisir la femme de la gestion du fonds de commerce, même dans l'hypothèse où une publicité régulière n'aurait pas conféré la personnalité à l'établissement. Tant qu'elle n'aura pas été effectuée, la femme traitera valablement avec les tiers, et les contrats qu'elle passera seront opposables au mari malgré le retrait de l'autorisation (2).

104. Le négoce de la femme ne prend pas fin seulement par le retrait de l'autorisation maritale, il peut être arrêté par la faillite : par la faillite du mari qui rendra exigibles les sommes avancées à la femme pour la mise en œuvre du commerce, et entraînera la liquidation de l'établissement ; par la faillite de la femme également. Nous avons déjà étudié par anticipation cette hypothèse sous un de ses aspects en recherchant si les créanciers de la marchande publique n'avaient pas un droit de préférence sur l'actif affecté au commerce. Mais nous y étions autorisés par cela même que la question pouvait se poser indépendamment de toute faillite à l'occasion d'une liquidation de l'établissement.

Incontestablement, la faillite atteindra l'actif affecté au négoce ; elle comprendra aussi les biens personnels

(1) Boistel, n° 72.
(2) Thaller, l. c. p. 38.

de la femme. Mais le patrimoine du mari et les biens communs ne seront pas liquidés d'après les règles de la faillite; ils seront soumis au régime civil de la déconfiture, avec application, le cas échéant, de l'action Paulienne. Les créanciers du mari exerçant collectivement l'action de l'article 1166 produiront, dans la faillite de la femme, à raison des sommes qui ont été prêtées à celle-ci pour la mise en œuvre de son commerce. Nous avons vu qu'ils seraient primés par les créanciers envers lesquels la femme s'est obligée à raison de son commerce; ils le seront même d'une façon générale par tous ceux qui ont action du chef de leur débitrice contre la communauté. A cet égard, le dissentiment s'accuse entre notre système et la théorie qui reconnaît la personnalité à l'établissement de commerce. Les créanciers du commerce seuls seraient, selon M. Thaller, payés par préférence sur l'actif affecté au négoce. J'estime, au contraire, que tous les créanciers de la femme, quelle que soit l'origine de leur créance, viendront au même rang, et sans distinction, sur les biens personnels de leur débitrice.

Mais elle a pu s'obliger avec autorisation de justice : il s'agit ici de créanciers qui ont, sur son patrimoine propre, autant de droits que les autres, mais qui doivent subir le concours du mari ou de ses ayants cause (art. 1166), puisqu'ils ne l'ont pas pour obligé. Il en résulte une situation assez embrouillée. En réalité, il est facile de concilier les intérêts en présence : on déter-

minera d'abord le dividende afférent à ceux des créanciers de la faillite qui ont des droits égaux; puis, sur le dividende qu'ils auront obtenu, ceux dont le titre n'est pas opposable au mari, subiront le concours des créanciers de ce dernier. Leur part se trouvant diminuée d'autant, il y aura lieu de reformer une seule masse des diverses sommes obtenues, en définitive, par les créanciers personnels de la femme et de les répartir de nouveau au marc le franc, sur un pied d'égalité.

105. Dans la théorie de M. Thaller, la faillite englobe tous les biens des époux sans exception, mais il en faut constituer trois masses. L'une comprend l'établissement commercial jouissant de la personnalité, et, sur lui, les créanciers de la société se paient par préférence aux créanciers personnels des époux. D'autre part, figurent les propres de la femme affectés au paiement de ses créanciers personnels, quelle que soit l'origine de leur créance, et les biens du mari comprenant les valeurs communes sur lesquelles les créanciers de la société se paieront en concours avec les créanciers personnels du mari.

Dans chacune des trois masses, ces créanciers sociaux produiront jusqu'à complet paiement (art. 542 C. com.). D'ailleurs, chacune d'elles peut être soumise à un régime différent: l'actif commercial pourra être liquidé d'après les règles de l'union, alors que chacun des associés a personnellement obtenu un concordat. Mais l'application de ces idées suppose que les règles

de publicité exigées par la loi des sociétés, ont été obéies, et que l'établissement jouit, par suite, de la personnalité. Si elles ont été inobservées, ce qui sera toujours le cas en pratique, alors l'établissement disparaît comme personne distincte ; les valeurs qui le constituent ne sont plus qu'une fraction de la communauté. Les époux n'en étant pas moins négociants l'un et l'autre, et associés à ce titre, leurs patrimoines respectifs seront encore liquidés d'après les règles de la faillite. A cet égard, rien n'est changé aux principes.

106. C'est seulement une question de savoir si la faillite prononcée contre la femme s'étendra virtuellement aux biens du mari et les immobilisera par là même. Il se peut, en effet, que ce dernier n'ait pas été mis en cause, le jugement déclaratif ayant été rendu sur requête par le tribunal, ou même contradictoirement, le demandeur ayant assigné principalement la femme et accessoirement le mari à fin d'autorisation (art. 215 C. civ.). Lorsqu'il s'agit d'une société commerciale jouissant de la personnalité, il est admis sans conteste que la faillite de la société s'étend virtuellement aux patrimoines de tous les associés en nom : mais, à défaut d'une personne juridique s'interposant entre les époux, il est fort douteux qu'il en soit ainsi.

Il est de principe, pourrait-on dire, que les codébiteurs solidaires se représentent mutuellement dans leurs rapports avec le créancier (art. 1205 et 1206 C. civ.). Aussi, Lebrun décidait déjà « qu'il ne faut pas faire

déclarer exécutoires contre le mari les obligations de la femme » (Cté, L. 2, ch. 2, sect. 2, n° 7). Mais à l'opinion de Lebrun on peut opposer celle de Renusson, qui décidait, au contraire, que les obligations de la femme n'étaient pas de plein droit exécutoires contre le mari (1). La généralisation des articles 1205 et 1206 est au reste un peu audacieuse. Il est certain que la mise en demeure de l'un des codébiteurs solidaires a effet à l'égard des autres, en ce sens qu'elle perpétue leur obligation au cas où la chose due viendrait à périr par cas fortuit (art. 1205). De même les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous (art. 1206), et la demande d'intérêts formée contre l'un d'eux fait courir les intérêts à l'égard des autres (art. 1207). Mais tout ce qu'on peut conclure de ces textes, c'est que les codébiteurs solidaires se représentent mutuellement en tant qu'il s'agit de perpétuer l'obligation : ils sont mandataires les uns des autres *ad perpetuandam obligationem*. Mais cette fiction de représentation n'a qu'une portée restreinte : elle n'existe plus en tant qu'il s'agirait d'aggraver l'obligation, d'en changer l'objet par exemple, *ad augendam*

(1) Renusson, Cté, 1re P., ch. VII, n° 44. « Mais l'obligation que la femme marchande publique aurait passée par corps ne pourrait pas être exécutée contre son mari, qu'elle n'ait été auparavant déclarée exécutoire contre lui. Car, comme ce n'est pas lui qui s'est obligé et qui a contracté, il doit être appelé pour voir déclarer l'obligation de la femme exécutoire contre lui, afin que, s'il a quelque moyen, il le puisse proposer.

obligationem. Elle reste donc inapplicable en tant qu'il s'agirait de déclarer le jugement rendu contre l'un des codébiteurs solidaires exécutoire de plein droit contre les autres. Ce pourrait être une aggravation de la dette : car le codébiteur poursuivi a pu ne pas faire valoir en justice tous les moyens qui pouvaient être opposés au créancier, les exceptions que l'article 1208 qualifie de communes, et, d'autre part, ceux qui n'ont pas été partie à l'instance en avaient peut-être de personnelles à invoquer.

On peut aussi faire observer que la femme n'est pas un codébiteur solidaire, mais bien plutôt une caution solidaire. L'argument n'a cependant pas une grande force : à supposer que la fiction de représentation doive être admise dans les rapports des codébiteurs solidaires entre eux, on ne voit pas pourquoi il la faudrait rejeter dans les rapports de caution solidaire à codébiteur solidaire.

107. Ainsi donc la faillite ne résultera pas virtuellement, à l'égard du mari, du jugement qui la prononce contre la femme, au moins quand il n'y a pas constitution entre eux d'une société douée de la personnalité. La question ne pose évidemment pas dans notre système. On peut seulement se demander si les obligations exécutoires contre la femme, le sont par là même contre le mari. Je ne crois pas qu'il y ait lieu de l'admettre, quelque étroit que soit à notre sens le lien entre les deux obligations. L'article 877 C. civ. dis-

pose, il est vrai, que les titres, exécutoires contre le défunt, le sont pareillement contre les héritiers. Si les créanciers ne peuvent poursuivre l'exécution que huit jours après la signification de ces titres à la personne ou au domicile de l'héritier, c'est là un simple tempérament d'équité s'expliquant, en fait, par la considération que celui-ci peut ignorer l'existence de la créance et doit avoir le temps suffisant pour réunir les fonds nécessaires à la solder. Or, nous avons déjà relevé quelque analogie entre les deux situations, de l'héritier tenu des dettes du défunt, et du mari tenu, comme associé, des dettes de la femme. Je crois cependant que l'article 877, s'expliquant par la fiction de continuation de la personne, est inapplicable à notre hypothèse.

108. La faillite entraîne le dessaisissement du débiteur. En droit d'abord, il ne peut plus disposer de ses biens directement, ni indirectement au préjudice de la masse, à compter du jugement déclaratif (article 443 C. com.). Dans le passé, le failli se trouve également dessaisi rétroactivement : certains actes accomplis par lui, depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui précèdent, sont nuls de plein droit au regard de la masse (art. 446 C. com.). D'autres sont seulement annulables (art. 447). Il n'est pas douteux que ces dispositions ne soient applicables à la femme et au mari si on les considère comme négociants.

Le jugement déclaratif a encore pour conséquence

le dessaisissement de fait du failli : l'administration de ses biens lui est, en effet, retirée et confiée au syndic, qui en touche les revenus, à charge seulement de lui fournir les sommes qui ont été jugées nécessaires à sa subsistance et à celle de sa famille (art. 474). On peut, dans cet ordre d'idées, se demander si la gestion des propres de la femme sera confiée au syndic. La question est particulièrement délicate ici, puisque nous la supposons elle-même en faillite ; mais la difficulté est absolument générale et se présente toutes fois que le mari, investi d'un droit de jouissance sur les propres de la femme, est déclaré en faillite. Il s'agit de biens dont les revenus sont affectés essentiellement aux besoins du ménage ; la gestion en a pour objet de faire face aux dépenses de l'association domestique ; elle est, à ce titre, intransmissible aux créanciers. Ceux-ci ne pourraient donc encaisser que l'excédent des fruits sur les revenus du ménage.

Je serais ainsi disposé à admettre que le dessaisissement s'appliquera, de la façon la plus étendue, à l'actif commercial, mais que le syndic ne se substituera pas au mari et ne prendra pas en main l'administration des propres de la femme. Ceci d'autant mieux que je ne considère pas le mari comme négociant. Mais, alors même qu'on adopterait la théorie de M. Thaller, la question n'en ferait pas moins difficulté.

109. Il se peut que les deux époux gèrent des négoces séparés et soient en même temps déclarés en

faillite : la faillite de l'un entraînant, en général, celle de l'autre. Des relations s'établiront alors entre les différentes masses, à raison des créances que l'un des époux peut avoir contre l'autre. Nous avons déjà vu que le mari pouvait, de ce chef, exercer un recours dans la faillite de la femme. On peut supposer, à l'inverse, que la femme est créancière du mari, et alors sa faillite produira dans celle du mari. La créance sera vérifiée par le juge commissaire (art. 493, al. 2. C. com.). Le produit de la collocation sera réparti entre les créanciers, suivant les règles habituelles.

C'est seulement une question de savoir si la femme pourra invoquer sans restrictions ses créances contre le mari. Faudra-t-il, au contraire, appliquer les articles 557 et suivants C. com. à la liquidation de ses reprises ? — La question ne s'élève qu'autant qu'on suppose le patrimoine du mari soumis au régime de la faillite, car il s'agit de règles exorbitantes du droit commun qui ne sont certainement pas applicables à la simple hypothèse de déconfiture.

En particulier (article 563), l'hypothèque légale subit, au cas de faillite du mari, de graves limitations. En doit-il être de même ici ? Le doute vient de ce que les textes s'inspirent exclusivement d'une idée de faveur pour les créanciers commerciaux et que ce serait s'en faire une arme contre eux, puisqu'on les obligerait à concourir avec les créanciers personnels du mari : ils ont intérêt, comme dit M. Thaller, à soustraire aux convoitises

de ces derniers la plus grande somme de biens maritaux.

Ceci est vrai, mais la faillite n'est pas organisée dans l'intérêt des seuls créanciers commerciaux, elle fonctionne pour tous ; tous s'y rencontrent sur un pied d'égalité absolue, quelle que soit l'origine de leur titre. Alors que les créanciers commerciaux ne pourraient profiter, pour une cause ou pour une autre, de l'article 563, ce texte n'en pourrait pas moins être invoqué par les autres créanciers du failli. Il est vrai qu'il se retourne ici contre ceux qu'il avait pour objet de protéger, et que la faillite a été prononcée pour eux, à cause d'eux. Il n'importe : une fois prononcée, elle est organisée dans l'intérêt de tous.

110. Il resterait à déterminer quels sont, au regard de l'un quelconque des époux, les effets du concordat obtenu par l'autre époux. Mais nous avons déjà donné par avance la solution de la difficulté en commentant l'art. 1409, 2°.

Nous avions alors réservé le point suivant : le mari est-il tenu des dettes commerciales de la femme, comme s'il les avait lui-même contractées ? A cela, nous avons répondu négativement. Il ne s'ensuit pas que le paiement du dividende dont il n'a pas été fait remise à la femme, libère le mari : il reste tenu, à cause des effets limités du concordat, qui n'est pas, à proprement parler, une remise de dette extinctive du lien d'obligation, car il le laisse subsister, tout en déchargeant certains biens.

A cet égard, la situation est la même que pour les dettes civiles. — De même nous admettrons sans distinction que le concordat accordé au mari a un effet libératoire absolu quant aux biens communs. Ces biens communs sont, dans leur ensemble, englobés dans la masse frappée du dessaisissement : les créanciers se sont payés une fois sur eux. Ils ne peuvent les saisir de nouveau pour la même dette en invoquant l'obligation solidaire ou conjointe de la femme. — Sans doute, si la femme gérait un négoce séparé, l'établissement commercial constitue une fraction détachée de la communauté qui échappe à la faillite du mari et se liquide avec le patrimoine de la femme, mais les créanciers de celle-ci une fois payés, il rentre quitte de toutes charges dans le patrimoine du mari.

CONCLUSION

EFFETS DE L'AUTORISATION MARITALE SOUS LE RÉGIME EXCLUSIF DE COMMUNAUTÉ.

111. La règle de l'article 1409, 2°, ainsi étudiée dans ses applications diverses, semble devoir être restreinte aux seuls régimes de communauté, auxquels elle se rattache par ses origines historiques. Là où il n'y a pas création d'une société conjugale, formation d'une masse commune entre les époux, on ne concevrait pas que le mari pût offrir à sa femme, pour ses affaires personnelles, le crédit de cette communauté et la garantie accessoire de ses propres. La séparation tranchée d'intérêts établie entre eux par les conventions matrimoniales ne se concilie point avec cette idée.

Déjà nos anciens auteurs admettaient que lorsque les époux avaient adopté le régime de séparation de biens, le mari ne s'obligeait pas par son autorisation (1).

(1) Lebrun, Cté, L. 2, ch. 2, sect. 2, n° 8, p. 220. « Cela n'a pas lieu (le mari n'est pas contraignable par corps) quand il y a exclusion de communauté ou séparation ; en ce cas la femme s'oblige... mais elle n'oblige pas son mari ».

Bourjon, *Dr. comm. de la France*, titre XI, 4e P. de la Cté, ch. 4, sect. 2, n° 9 (t. I, p. 585, édit. de 1770). Il vient d'établir que le mari

Sous le régime exclusif de communauté, comme il acquiert la jouissance et l'administration du patrimoine de la femme, on conçoit que la règle puisse être différente. Il n'en est rien si l'on se place dans l'hypothèse d'une autorisation spéciale de contracter. Le mari est, sans doute, tenu des intérêts des dettes personnelles de la femme. C'est une charge de sa jouissance ; mais, de la dette elle-même, en tant que capital, il ne répond pas sur ses propres.

112. Si l'on envisage, au contraire, l'autorisation générale de faire le commerce, la question se présente sous un autre aspect. Le fonds de commerce géré par la femme ne constitue-t-il pas un propre dont il a la jouissance ? Les dettes commerciales sont une charge de cette jouissance, elles sont le pendant, la contrepartie des bénéfices qu'il recueille à titre de fruits du propre. On voit ainsi reparaître l'idée que si le mari s'oblige par l'autorisation donnée à sa femme, c'est parce qu'il a le profit exclusif de l'opération qu'il a consentie. Nous nous sommes proposés de montrer que telle n'était pas la raison d'être de l'article 1409, 2°. Au moins cette idée ne suffit-elle pas à elle seule pour expliquer ce texte.

peut être contraint par corps à raison des dettes du commerce de sa femme et ajoute : « Mais, s'il n'y avait pas de communauté de biens, le mari ne serait tenu d'aucune action et, par conséquent, à l'abri de toute contrainte pour raison des engagements contractés par la femme marchande publique : c'est le juste effet de la séparation contractuelle ou judiciaire ».

Mais lorsque la femme gère un fonds de commerce, elle semble très conforme à la réalité des faits. Si donc, sous le régime de communauté, il est vrai de dire que le mari est tenu des dettes relatives à ce négoce, parce qu'il en recueille les profits, il sera aussi exact de l'admettre sous le régime exclusif de communauté. Si, dans un cas, l'autorisation vaut mandat, il en sera de même dans l'autre.

113. La plupart des auteurs reculent devant cette conséquence extrême (1). L'établissement commercial ne constitue pas un propre : c'est, dit-on, l'industrie personnelle de la femme, l'ensemble de ses capacités individuelles appliqué au négoce. Or, la personnalité des époux, à quelque point de vue qu'on l'envisage, ne peut être assimilée à un propre dont le mari aurait la jouissance comme chef de l'association domestique. Si les bénéfices commerciaux lui sont acquis sur le régime exclusif de communauté, ce n'est pas en qualité de gains commerciaux; mais en tant que valeurs propres à la femme, sur lesquelles les conventions matrimoniales lui confèrent un quasi-usufruit. Ceci suppose que la marchande publique a économisé et capitalisé, au cours de son négoce, les sommes qui sont ainsi soumises à l'usufruit marital. Elles parviennent donc au mari, sans être grevées d'aucune charge spéciale dont il soit tenu sur ses biens propres.

(1) Guillouard, t. III, n° 1660; Thaller, *R. crit.*, 1883, p. 62, et les autorités citées *suprà* (note 1, p. 168).

114. Ce raisonnement nous semble fort exact. On n'en méconnaît pas en général la portée. Aussi cherche-t-on à tourner d'une autre façon la difficulté (1). On fait observer que le régime exclusif de communauté n'est qu'un dérivé du régime de communauté : c'en est une forme particulière. Aussi bien les développements qui lui sont consacrés sont-ils placés dans la IIe partie du titre V, avec les clauses modificatives du régime de communauté légale. L'ordre adopté par le législateur est, dit-on, caractéristique. Il étudie d'abord dans la section VII, les clauses qui peuvent attribuer aux époux des parts inégales dans la communauté. L'inégalité atteindra son maximum lorsque la communauté sera attribuée tout entière à l'un des conjoints d'après un alea de survie (art. 1525). La clause semble en elle-même contradictoire avec l'idée de société. La loi la prohibe dans d'autres circonstances : « La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle » (art. 1855), alors même que cette convention présenterait un caractère aléatoire. Cependant il en va différemment en matière de communauté : l'existence de cette clause ne fait pas obstacle à la création et au fonctionnement d'une société entre époux.

Qu'on la dépouille donc de ce caractère aléatoire que lui prête l'article 1525, et qu'on suppose l'attribution exclusive et faite, d'une manière fixe, au mari, des va-

(1) Thaller, *R. crit.*, l. c.

leurs communes. La chose est possible certainement : on aura le régime exclusif de communauté, régime qui, dit-on, n'est pas exclusif de l'existence d'une société conjugale, mais attributif de cette société à l'un des conjoints, au mari. On s'explique dès lors la méthode suivie par le législateur qui subordonne ses développements sur le régime exclusif de communauté à l'étude des clauses par lesquelles on assigne à chacun des époux des parts inégales dans la communauté. Il en faut conclure, et c'est le résultat pratique auquel on prétendait arriver, que celles des règles du régime de communauté qui sont indépendantes de l'étendue de la société conjugale restent applicables ici. Ainsi en est-il de la disposition de l'article 1426 qui met à la charge du mari les dettes de la femme commerçante.

115. Nous ne saurions admettre, pour notre part, cette conception très originale du régime exclusif de communauté qui ne nous semble pas en harmonie avec la terminologie de la loi. Je remarque, d'abord, que le législateur ne traite pas de notre régime accessoirement aux clauses de partage inégal. Il pose dans l'intervalle les règles du régime de communauté universelle et il semble précisément opposer l'hypothèse où la communauté embrasse tous les biens des époux présents et à venir, mobiliers et immobiliers, à celle où elle n'en comprend aucun, ayant été écartée par la convention des parties. Tout ici se réduit à un simple droit de jouissance, à une sorte d'usufruit du mari sur les biens de

la femme dont il a l'administration. » La clause portant que les époux se marient sans communauté ne donne pas à la femme le droit d'administrer ses biens ni d'en percevoir les fruits : ces fruits sont censés appartenir au mari pour soutenir les charges du ménage (art. 1530). « Le mari est tenu de toutes les charges de l'usufruit (art. 1533). »

Il n'y a donc pas de société formée entre les époux et comprenant au moins les revenus de leurs biens. L'attribution au mari des revenus de la femme est très analogue à celle qui se retrouve sous le régime dotal lorsqu'il y a clause de dotalité universelle. Le législateur a fait lui-même le rapprochement. « Les immeubles constitués en dot dans le cas du présent paragraphe ne sont pas inaliénables (art. 1535, al. 1er). »

Rien n'éveille, en somme, l'idée qu'il y ait constitution entre les époux d'une société réduite quant à son étendue et qui serait attribuée exclusivement au mari. Ce point de départ écarté, l'application qu'on prétendait faire des articles 1409, 2°, et 1426, sous notre régime ; n'a plus de fondement. Il subsiste donc : *a)* cette règle que sous le régime exclusif de communauté le mari est tenu des intérêts des dettes de la femme comme ayant la jouissance de l'universalité de son patrimoine. C'est la règle posée par la loi pour tout usufruitier à titre universel ; *b)* l'autorisation du mari produit au moins cet effet de le rendre irrecevable à opposer son droit de jouissance sur les propres de la

femme aux tiers avec lesquels elle a traité, acquéreurs à titre particulier ou créanciers. Cette solution est éminemment rationnelle : si le mari a autorisé l'opération, c'est qu'il jugeait qu'elle ne compromettait en rien les intérêts personnels de l'épouse, et aussi les intérêts collectifs du ménage dont il est le représentant.

116. Aussi bien cette solution est-elle généralement consacrée en législation : c'est ainsi que le projet de Code civil pour l'empire d'Allemagne (art. 1311, 1314) sous le régime de droit commun, la communauté de biens, *Verwaltungsgemeinschaft*, qui a de grands rapports avec notre régime exclusif de communauté, admet les créanciers qui ont traité avec la femme autorisée du mari, à poursuivre leur paiement sur les biens dotaux sans avoir égard au droit de jouissance du mari. « D'une manière générale, la femme, bien qu'elle ne soit frappée d'aucune incapacité résultant du mariage, ne peut, sans le consentement et la ratification du mari, faire aucun acte impliquant disposition directe ou indirecte des biens auxquels s'applique la jouissance du mari. Les jugements obtenus contre elle relativement à ces biens n'ont pas d'effet contre le mari si l'instance a été suivie sans son consentement. » (Bufnoir, *Bull. de la Société de Leg. comparée*, 1889, p. 687).On peut en rapprocher les dispositions du Code de commerce espagnol (art. 2) et du Code italien de 1882 (art. 13), qui autorisent les créanciers de la femme commerçante à poursuivre la pleine propriété des biens de leur débitrice.

117. Cette conception des effets de l'autorisation maritale, sous le régime exclusif de communauté, nous ramène à notre point de départ et nous permet de résumer la série des développements que nous avons présentés au cours de cette étude. L'obligation du mari, sous les divers régimes de communauté, n'a pas pour fondement un enrichissement qu'il réaliserait indirectement aux dépens de la femme, toutes fois qu'il l'habilite à contracter. Alors même qu'en fait, il aurait eu le profit de l'opération, dans la rigueur des principes, il n'en résulterait contre lui qu'une action de *in rem verso*. Si l'on présume que, dans tous les cas, la femme agit en vertu d'un mandat du mari, cette présomption sera, en général, contraire à la réalité des faits. Elle rendra très mal compte de l'obligation personnelle qui lui incombe. Est-ce un cautionnement solidaire ? Il reste à l'expliquer : on ne fait que renverser la difficulté.

Nous sommes ainsi conduits à admettre que le mari, quand il autorise sa femme, agit comme chef de la communauté : il fait acte d'associé. S'il intervient au contrat, c'est pour offrir au créancier le crédit social dont les époux disposent pour leurs affaires personnelles. Là donc où les époux n'ont plus d'intérêts communs, où la société conjugale fait défaut, l'intervention du mari ne saurait se résumer dans l'offre du crédit collectif. Elle n'a plus que des effets restreints. Ainsi, sous le régime exclusif de communauté. Il en serait de même sous le régime de séparation de biens, sous le régime

dotal ; mais l'examen de ce dernier point excèderait les limites que nous nous sommes imparties.

En tout cas, l'autorisation maritale a cet effet, d'assurer aux créanciers de la femme, sur les biens de leur débitrice, le droit d'exécution le plus étendu, sans qu'il puisse être paralysé par les conventions matrimoniales.

Vu :

Le Doyen, président de l'acte public,
LE COURTOIS.

Vu et permis d'imprimer :

Poitiers, le 7 février 1896.

Le Recteur,
J. MARGOTTET.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

Aron. — *Théorie générale des présomptions légales.* Paris, 1895.

Assises de Jérusalem. — Edit. Beugnot, 2 vol. in-f., 1841.

Aubry et Rau. — *Cours de Dr. Civ. franç.*, 4e éd.

Beaumanoir. — *Coutume de Beauvoisis.* Edit. Beugnot, 2 vol. in-8o.

Boistel. — *Précis de Dr. Commercial*, 3e éd. 1884.

Bourjon. — *Droit Commun de la France.* Ed. 1770, 2 vol. in-fol.

Brodeau-sur-Louët — *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris.* 2 vol. in-fol., 1742. Ed. Guy, Rousseau, de La Combe.

Delamare et **Lepoitevin.** — *Traité théor. et prat. du dr. commerç.* 1860-1861, 6 vol., 2e édit.

Demante et **Colmet de Santerre.** — *Cours analyt. de C. Civ.* 2e éd.

Duplessis. — Traité de la Communauté. T. I. des Œuvres. Ed. 1754.

Etablissements de Saint-Louis. — Edit. P. Viollet.

Ferrière. — *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris.* 2e éd. 1714. — Edit. Sauvan d'Aramon 1770.

Guillouard. — *Traité du contrat de mariage.* 2e édit.

Lacoste. — *Rev. crit. de législat. et de jurisprudence*, t. L. 1883, p. 739 à 756.

Laurent. — *Principes de Dr. Civ.*, 3e édit.

De Laurière. — *Texte des Coutumes de la prévôté et vicomté de Paris.* 3 vol. 1777.

Lebrun. — *Traité de la Communauté.* Ed. de 1754.

Loysel. — *Institutes coutumières avec notes de de Laurière.* 2 vol. 1783.

Lyon-Caen et **Renault.** — *Précis de Droit Commercial.* 2 vol., édit. 1884. — *Traité de Dr. commerc.* (2e édition du précis) en 6 vol.

Pothier. — Ed. Bugnet, 1844-1846.

Renusson. — *Edit. Sérieux*, 1780. 2 vol. in-fol.

Savary. — *Le parfait négociant.* Ed. de 1757, 2 vol. in-4o.

Thaller. — *De la faillite des différents commerçants.* Rev. Crit., t. XLIX 1882. p. 578 à 609-742-757, t. L, 1883, p. 35 à 55, 135 à 152.

Valin. — *Nouveau comment. sur la Coutume de la Rochelle.* Edit. de 1756, 3 vol.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION. — Évolution historique de l'autorisation maritale dans l'ancien droit 1

PREMIÈRE PARTIE

AUTORISATION SPÉCIALE

CHAPITRE I. — **Nature juridique** 17

§ 1. — Exposé de la controverse 17
§ 2. — La femme oblige directement la communauté 20
§ 3. — L'intervention du mari s'explique indépendamment de tout intérêt personnel 35

CHAPITRE II. — **Effets de l'autorisation spéciale dans les rapports des époux et des tiers** 40

§ 1. — Droits des créanciers sur les biens communs 40
§ 2. — Droits des créanciers sur les biens du mari 41
a) Tant que dure la communauté 41
b) Lorsqu'elle a pris fin 45
§ 3. — Effets de la libération de l'un ou l'autre époux sur le patrimoine commun 57

CHAPITRE III. — **Effets de l'autorisation maritale dans les rapports des époux entre eux** 76

§ 1. — Autorisation pure et simple 76
§ 2. — Obligation conjointe ou solidaire 79

CHAPITRE IV.— **Portée d'application pratique du principe**..... 99

SECTION I. — *Exceptions à la règle de 1409, 2°*..... 100

§ 1. — Résultant d'un texte 1°) expresses, 2°) implicites... 101

§ 2. — Conventionnelles..... 112

SECTION II. — *Généralisation de l'art. 1409, 2°*..... 119

DEUXIÈME PARTIE

AUTORISATION GÉNÉRALE DE FAIRE LE COMMERCE

CHAPITRE I. — **Nature juridique**..... 127

§ 1. — Application de la théorie civile (art. 1409, 2°). 127

§ 2. — Intérêts pratiques..... 140

CHAPITRE II. — **Théorie de l'autorisation mandat**..... 151

§ 1. — Discussion historique..... 151

§ 2. — Arguments théoriques..... 161

CHAPITRE III.— **De quelques applications pratiques de l'idée de mandat**..... 171

§ 1. — De la situation créée entre époux par l'entreprise commerciale..... 171

§ 2. — Liquidation de l'établissement..... 183

CONCLUSION. — Effets de l'autorisation maritale sous le régime exclusif de communauté..... 199

GRANDE IMPRIMERIE DE BLOIS

Directeur-Gérant : EMMANUEL RIVIÈRE, Ingénieur des Arts et Manufactures.

GRANDE IMPRIMERIE DE BLOIS
Directeur-Gérant : Emmanuel Rivière, Ingénieur des Arts et Manufactures.